

اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى

لدى إمام أبي يوسف يعقوب بن إبراهيم الأنصاري

المتوفى ١٨٢ هـ

تحقيقه

أحمد فريد المزيدي

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله الذي شرف العلماء بقوله: «هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ»
وخص المستنبطين منهم بفصل خطابه: «فَسْتَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ» .
والصلاة والسلام على النبي الأُمي الذي قال: «من يرد الله به خيراً يفقهه في الدين» وعلى آله وصحبه نجوم الاهتداء وفقهاء الدين.

وبعد: فإن (اختلاف الأئمة في القروع رحمة للأمة) وقد اختلف الصحابة -رضي الله عنهم- ومن بعدهم من الفقهاء فيها، ولولا ذلك لضاق الأمر وساد الحرج. وقد أخرج ابن عبد البر في جامع بيان العلم، والخطيب في (الفتاوى والمتفقين) كثيراً من الآثار الواردة في ذلك، حتى دون العلماء قديماً وحديثاً، اختلاف الأئمة في كتبهم، لئلا يقع الخواص في خرق الإجماع والعوام في الحرج. وإن أقدم من صنف في الاختلاف الإمام الأعظم أبو حنيفة، فإنه ألف كتاب «اختلاف الصحابة» ثم صنف تلميذه الكبير الإمام أبو يوسف القاضي كتاب «اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى» ثم صنف أبو عبد الله محمد بن شجاع الثلجي «اختلاف يعقوب وزفر» ثم صنف الطحاوي «اختلاف الفقهاء» عامة، وابن المنذر «الإشراف في الخلاف» كذلك، وابن جرير «اختلاف الفقهاء» أيضاً إلا أنه جرده عن الدلائل. وأما أبو يوسف فجمع ما اختلف فيه أستاذه خاصة ولم يلتفت إلى اختلاف غيرهما، كسفيان الثوري، وحسن بن صالح، وشريك بن عبد الله، وابن شبرمة وأمثالهم من مجتهدي الكوفة، لأنه تفقه عليهما، وغرضه جمع ما استفاد منهما مما اختلفا فيه، ليعين قوله معهما متفقاً مع هذا ومختلفاً مع ذاك مرة وبالعكس مرة أخرى، وليكون ذخيرة وذكرى لمن بعده، وقد رواه عنه صاحبه الإمام الرباني محمد بن الحسن الشيباني، ثم اختصره في جملة ما اختصره من كتبه الحاكم أبو الفضل محمد بن محمد بن أحمد المروزي الشهيد وشرحه الإمام السرخسي في مبسوطه مع باقي كتبه. قال في المجلد (٣٠) من مبسوطه في صفحة (١٢٨): «اعلم أن أبا يوسف كان يختلف إلى ابن أبي ليلى في الابتداء فتعلم بين يديه تسع سنين، ثم تحول^(١) إلى مجلس أبي حنيفة... قيل: كان سبب تحول أبي يوسف إلى مجلس أبي حنيفة أنه كان تبع ابن أبي ليلى وقد شهد ملاك رجل فلما تر

(١) وهو كبير على الصحيح، ولازمه ثماني عشرة سنة، كما صحت الرواية عنه بذلك من طرق وقضاء ابن أبي ليلى في الدولتين الأموية والعباسية كان طويلاً الأمد.

اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى

السكر أخذ أبو يوسف - رحمه الله - بعضاً فكره له ذلك ابن أبي ليلى وأغلظ له القول وقال: أما علمت أن هذا لا يحل؟! فجاء أبو يوسف إلى أبي حنيفة رحمه الله فسأله عن ذلك فقال: لا بأس بذلك بلغنا أن رسول الله ﷺ كان مع أصحابه في ملك رجل من الأنصار فثر التمر فجعل رسول الله ﷺ يرفع ذلك ويقول لأصحابه: «اتهبوا» وبلغنا أن النبي ﷺ في حجة الوداع لما نحر مائة بدنة أمر بأن يؤخذ له من كل بدنة قطعة ثم قال: «من شاء أن يقطع فليقطع» فهذا ونحوه من الهبة مستحسن شرعاً. فلما تبين له تفاوت ما بينهما تحول إلى مجلس أبي حنيفة. وقيل: كان سبب ذلك أنه كان يناظر زفر رحمه الله وتبين له بالمناظرة معه تفاوت ما بين فقه أبي حنيفة وابن أبي ليلى رحمهما الله فتحول إلى مجلس أبي حنيفة، ثم أحب أن يجمع المسائل التي كان فيها الاختلاف بين أستاذه فجمع هذا التصنيف وأخذ ذلك محمد رحمه الله وروى عنه ذلك، إلا أنه زاد بعض ما كان سمع من غيره، فأصل التصنيف لأبي يوسف، والتأليف لمحمد رحمة الله عليهما، فقد ذلك من تصنيف محمد، ولهذا ذكره الحاكم رحمه الله في المختصر.

ويعلم من قول السرخسي هذا أن كتاب «اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى»^(١) من أجزاء «الأصل» ولولا ذلك لما اختصره الحاكم في كتابه، وأيضاً يدل عليه شرح السرخسي له وعده من تصانيف محمد، لكن النسخ التي رأيتها من «الأصل» أو رأيت فهارس كتبه من نسخ مكة المكرمة ومصر واستبول ليس فيها شيء من هذا الكتاب إلا في جزء منه مما في دار الكتب المصرية على ما كتب لي فهرسه فضيلة الأستاذ رضوان محمد رضوان وأرسله إلي من القاهرة، فإن في كتاب الوديعه وكتاب العارية منه ما ذكر فيه من مسائل الوديعه والعارية بعنوان باب اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى في الوديعه وفي العارية، وطلبت منه نسخ البابين فأرسلهما إلي فوجدتهما مثل ما في هذا الكتاب، فلعل بعض نسخ «الأصل» حوته متفرقاً في كل الكتاب لا مجتمعاً في مقام واحد، وأظنه من صنع بعض رواة «الأصل» والله أعلم بحقيقة الحال.

فهذا الكتاب جليل القدر، عظيم الشأن، نادر الوجود. احتج فيه بأحاديث وآثار مرفوعة وموقوفة مسندة ومنقطعة من بلاغاته، فأحبت لجنة إحياء المعارف النعمانية أن

(١) قلت: «نقل السرخسي عنه مصرحاً باسمه في كتابه العظيم المبسوط في هذه المواضع: (٢/ ١٨٧)، (١٠٨/٥)، (١٢٨/٣٠)، وكذلك علاء الدين الكاساني في بدائع الصنائع (١/ ٢٢٠)، (٢٨/٢)، وابن عبد البر في التمهيد (٤/ ٢٧٩).

تنشره فلم نجد له إلا نسخة واحدة في الهند، فارتأت اللجنة أن أسعى في تصحيحه، وشرح بعض غريب لغته، وإيضاح بعض مسأله، وتخريج أحاديثه، وتراجم رجاله. فقامت هذه المهمة على قدر استطاعتي مع قصر باعي وقلة بضاعتي، مستعيناً بالله تعالى. فصححته بقدر وسعي، وخرجت أحاديثه وعزونها إلى مخرجيها ما وجدت إلى ذلك سبيلاً، ولا يكلف الله نفساً إلى وسعها، وترجمت رجال أحاديثه ناقلاً من الكتب المشهورة في فن الرجال كتهذيب التهذيب، والخلاصة، وتعجيل المنفعة، ولسان الميزان وغيرها، ولم أترجم للصحابة إلا نادراً لأنهم كلهم عدول مشاهير، ومن ترجمت له من الصحابة إنما ترجمت له في ضمن تراجم أبنائهم للمناسبة أو لعدم شهرتهم، وشرحت غريبه بمدد الكتب الشهيرة في اللغة كالمغرب في مصطلح الفقه، وجمع بحار الأنوار لغريب الحديث وغيرها.

أما ترجمة راوي الكتاب الإمام محمد بن الحسن الشيباني فمن شاء أن يطلع عليها فعليه ببلوغ الأماني لفضيلة الأستاذ الشيخ محمد زاهد الكوثري حفظه الله فإنه استوعب وأجاد جزاءه الله عن الإسلام والمسلمين خير الجزاء .

وأما ترجمة الإمام الأعظم، وأبي يوسف القاضي مصنف الكتاب فمبسوطة في كتب المناقب، والطبقات، والرجال، والتاريخ، تركناها هنا للاختصار.

وأما ابن أبي ليلى فهو: محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى، الأنصاري، الكوفي، الفقيه، قاضي الكوفة، وأحد الأعلام. قال في تهذيب التهذيب: روى الزبير المكي، وعطاء بن أبي رباح، وعطية، وعمرو بن مرة، وسلمة ابن كهيل، والمنهال بن عمرو، وداود بن علي، والأجلح بن عبد الله، وإسماعيل بن أمية، وحميضة بن الشمرذل. قلت: والشعبي، والحكم وغيرهم كما في تذكرة الحفاظ، روى عنه ابنه عمران، وقريبه عيسى بن المختار بن عبد الله بن عيسى، وزائدة، وابن جريج، وقيس بن الربيع، وشعبة، والثوري، وعيسى بن يونس، ومحمد بن الربيع، ووكيع، وعلي بن هاشم بن البريد، وعبيد الله بن موسى، وأبو نعيم. قلت: وأبو يوسف القاضي، وعبد الله بن داود الحريشي، وآخرون. قلت: روى له الأربعة في سنتهم، وكان ثقة، صدوقاً. وتكلموا في حفظه فقالوا: شغل بالقضاء فساء حفظه. قال في تهذيب التهذيب: وقال أبو حاتم عن أحمد بن يونس: ذكره زائدة فقال: كان أقره أهل الدنيا. وقال العجلي: كان فقيهاً، صاحب سنة، صدوقاً جازئ الحديث، وكان عالماً بالقرآن، وكان من أحسب الناس، وكان جميلاً نبيلاً، وأول من استفضاه على الكوفة يوسف بن عمر الثقفي. وقال ابن أبي خنيمة عن يحيى بن معين:

ليس بذلك. وقال أبو زرعة: ليس بأقوى ما يكون. وقال أبو حاتم: محله الصدق، كان سيئ الحفظ، شغل بالقضاء فساء حفظه، لا يهتم بشيء من الكذب إنما ينكر عليه كثرة الخطأ، يكتب حديثه ولا يحتج به... الخ.

قال الحافظ ابن حجر: قلت: له ذكر في الأحكام من صحيح البخاري، قال: أول من سأل على كتاب القاضي البينة ابن أبي ليلى وسوار. قال ابن حبان: كان فاحش الخطأ؛ رديء الحفظ، فكثرت المناكير في روايته، تركه أحمد، ويحيى «أي ابن معين» وقال الدارقطني: كان رديء الحفظ، كثير الوهم. وقال ابن جرير الطبري: لا يحتج به. وقال يعقوب بن سفيان: ثقة عدل، في حديثه بعض المقال، لين الحديث عندهم.

وقال صالح بن أحمد عن ابن المديني: كان سيئ الحفظ، وأهني الحديث. وقال أبو أحمد الحاكم: عامة أحاديثه مقلوبة. وقال الساجي: كان سيئ الحفظ لا يعتمد الكذب فكان يمدح في قضائه فأما في الحديث فلم يكن حجة. قال: وكان الثوري يقول: فقهاؤنا ابن أبي ليلى، وابن شبرمة. وقال ابن خزيمة: ليس بالحافظ وإن كان فقيهاً عالماً. قلت: وذكره في تذكرة الحافظ فقال ج ١ ص ١٦٢ «قال أحمد بن يونس: كان ابن أبي ليلى أنفه أهل الدنيا. وقال العجلي: كان فقيهاً صدوقاً، صاحب سنة، جائر الحديث، قارئاً، عالماً بالقرآن، قرأ عليه حزمة. وقال أبو زرعة: ليس هو بأقوى ما يكون. وقال أحمد: مضطرب الحديث. قلت: حديثه في وزن الحسن ولا يرتقي إلى الصحة لأنه ليس بالمتقن عندهم ومناقبه كثيرة. مات في شهر رمضان سنة ثمان وأربعين ومائة. وقال أبو حفص الأبار عنه: قال: دخلت على عطاء فجعل يسألني وكأن أصحابه أنكروا ذلك فقال: وما تنكرون؟ هو أعلم مني»

وأبو عبد الرحمن من كبار التابعين، الثقات الأعلام، ولد لست بقين من خلافة عمر رضي الله عنه. وجدته أبو ليلى الأنصاري، يقال اسمه يسار، وقيل بلال، وقيل بليل، وقيل داود، وقيل أوس، وقيل لا يحفظ اسمه. له صحبة، شهد أحدًا وما بعدها. كان من أصحاب علي رضي الله عنه، شهد معه مشاهدته وانتقل إلى الكوفة وقتل بصفين معه، رضي الله عنه.

أبو الوفاء الأفعاني

رئيس لجنة إحياء المعارف النعمانية

٢١ رمضان سنة ١٣٥٧ هـ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قال^(١) محمد بن الحسن عن أبي يوسف قال: إذا أسلم الرجل إلى الخياط ثوباً فخاطه قباء فقال رب الثوب: أمرتك بقميص، وقال الخياط: أمرتني بقباء، فإن أبا حنيفة عليه السلام كان يقول: القول قول رب الثوب ويضمن الخياط قيمة الثوب. وبه نأخذ^(٢). وكان ابن أبي ليلى يقول: القول قول الخياط في ذلك. ولو أن الثوب ضاع من عند الخياط ولم يختلف رب الثوب والخياط في عمله، فإن أبا حنيفة عليه السلام قال: لا ضمان عليه ولا على القصار والصباغ وما أشبه ذلك من العمال إلا فيما جنت أيديهم^(٣). وبلغنا عن علي بن أبي

(١) هذه مسائل الإجارة من باب ضمان الأجير المشترك. ولم يذكر في الأصل لفظ الباب، ولم يذكر المحاكم هذه المسائل في مختصره في هذا الكتاب وذكرها السرخسي في مواضع من كتابه.

(٢) قلت: وهو قول محمد أيضاً. قال الإمام السرخسي ج ١٥ ص ٩٦ من مبسوطه «ولو أسلم ثوباً إلى خياط وأمره أن يخطه قميصاً بدرهم فخاطه قباء فلصاحب الثوب أن يضمنه قيمة ثوبه وإن شاء أخذ القباء وأعطاه أجر مثله لا يجاوز به ما سى له» لأنه في أصل الخياطة موافق وفي الهيئة والصفة مخالف الخ ثم ذكر ناقلاً عن المختصر «فإن قال رب الثوب: أمرتك بقميص، وقال الخياط: أمرتني بقباء، فالقول قول رب الثوب مع يمينته عندنا». وقال ابن أبي ليلى رحمه الله: القول قول الخياط لإنكاره الخلاف والضمن. والشافعي يقول إنهما يتحالفان لأنهما اختلفا في المعقود عليه. ولو اختلفا في البذل تحالفاً إذا كان قبل إقامة العمل فكذلك في المعقود عليه. ولكن هذا لا معنى له هنا لأن رب الثوب يدعي عليه ضمان قيمة الثوب والخياط ينكر ذلك ويدعي الأجر ديناً في ذمة رب الثوب، فلا يكون هذا في معنى ما ورد في الأثر بالتحالف فيه مع أن المقصود بالتحالف الفسخ وبعد إقامة العمل لا وجه للفسخ «وإن أقاما البينة فالبينة بينة الخياط» لأنه هو المدعي الإذن في خياطة القباء، والوفاء بالمعقود عليه، وتقرر الأجر في ذمة صاحب الثوب «وإن اختلفا في الأجر فالقول قول رب الثوب» لأنه منكر للزيادة «فالبينة بينة الخياط» لأنها تثبت الزيادة الخ.

(٣) قال السرخسي في مبسوطه ج ١٥ ص ١٠٣ في باب متى يجب للعامل الأجر قال: «وإذا هلك الثوب عند القصار بعد الفراغ من العمل فلا أجر له ولا ضمان عليه في قول أبي حنيفة. وهو قول زفر والحسن بن زياد -رحمهم الله-. وقال أبو يوسف ومحمد -رحمهما الله-: هو ضامن إلا إذا تلف بأمر لا يمكن الاحتراز عنه» كالحرق الغالب. وكذلك الخلاف في كل أجير كالأجير المشترك في حفظ الثياب وغيره. والمشتراك من يستوجب الأجر بالعمل ويعمل لغير واحد، ولهذا يسمى مشتركاً، ولا خلاف أن أجير الواحد لا يكون ضامناً لما تلف في يده من غير صنعه، وهو الذي يستوجب البذل بمقابلة منافعه الخ، ثم بين المسألة بالتفصيل مع الدلائل، فمن شاء زيادة الاطلاع فليرجع إليه.

طالب عليه السلام أنه قال: لا ضمان عليهم ^(١). وكان ابن أبي ليلى يقول: هم ضامنون لما ملك عندهم وإن لم تكن أيديهم فيه. قال أبو يوسف: هم ضامنون إلا أن يجيء شيء غالب.

(١) قلت: أخرجه طلحة بن محمد في مسنده من طريق أبي يوسف عن أبي حنيفة عن بشر الكوفي عن محمد بن علي عن أبيه عن علي بن أبي طالب عليه السلام أن النبي صلى الله عليه وآله قال: « لا ضمان على قصار ولا صباغ ولا وشاء » وأخرجه محمد في الآثار عنه عن بشر أو بشير عن أبي جعفر « أن علي بن أبي طالب كان لا يضمن القصار ولا الصباغ ولا الحائك ». وأخرجه الكلاعي من طريق محمد بن خالد الوهبي عن الإمام عن يونس بن محمد عن أبي جعفر محمد بن علي عن أمير المؤمنين علي بن أبي طالب « أنه كان لا يضمن القصار ولا الصباغ »

باب الغصب*

قال أبو يوسف: وإذا اغتصب الرجل الجارية فباعها واعتقها المشتري فإن أبا حنيفة عليه السلام كان يقول: البيع والعنق فيها باطل لا يجوز، لأنه باع ما لا يملك واعتق ما لا يملك. وهذا نأخذ ^(١). وكان ابن أبي ليلى يقول: عتقه جائز وعلى الغاصب القيمة.

قال: وإذا اشترى الرجل الجارية فوطئها ثم اطلع المشتري على عيب كان بها دلسه البائع له، فإن أبا حنيفة عليه السلام كان يقول: ليس له أن يردها بعد الوطء. وكذلك بلغنا عن علي بن أبي طالب عليه السلام ^(٢) قال أبو يوسف: ولكنه يقول يرجع عليه بفضل ما بين الصحة

(١) قلت: وهو قول محمد أيضًا كما هو مصرح في المبسوط، وبدأ الحاكم هذا الكتاب في مختصره بهذه المسألة.

(٢) أخرجه الإمام محمد في الآثار** والحسن بن زياد في مسنده عن الإمام عن الهيثم عن ابن سيرين عن علي بن أبي طالب عليه السلام في الرجل يشتري الجارية فيوطئها ثم يجد بها عيبًا قال: «لا يستطيع ردها ولكنه يرجع بنقصان العيب» قال محمد: وبه نأخذ وكذلك إذا لم يوطئها وحدث بها عيب عنده ثم وجد بها عيبًا دلسه البائع فإنه لا يستطيع ردها ولكنه يرجع بنقصان العيب، إلا أن يشاء البائع أن يأخذها بالعيب الذي حدث عند المشتري. ولا يأخذ للعيب أرضًا ولا للوطء عقراً، فإن شاء ذلك أخذها وأعطاه الثمن كله. وهذا قول أبي حنيفة عليه السلام. وأخرجه ابن خسر عن البلخي عن طريق ابن المظفر، والحسن بن زياد عن الإمام عن الهيثم عن الشعبي عن علي عليه السلام. وأخرجه البيهقي*** عن يحيى بن سعيد عن جعفر بن محمد «أي الصادق» عن أبيه عن علي بن حسين عن علي عليه السلام ولفظه في رجل اشترى جارية فوطئها فوجد بها عيبًا قال: لزمته ويرد البائع ما بين الصحة والداء، وإن لم يكن وطئها ردها. قال: وكذلك رواه سفيان الثوري وحفص بن غياث عن جعفر بن محمد، وهو مرسل. علي بن حسين لم يدرك جده عليًا. وقد روى عن مسلم بن خالد عن جعفر عن أبيه عن جده عن حسين بن علي عن علي - رضي الله عنهم -، وليس بمحفوظ. قلت: لا بأس به بعد أن رواه الإمام بسند متصل كما ذكرته، والمرسل أيضًا حجة عندنا وعند الأكثر خصوصًا مراسيل مثل الإمام زين العابدين عليه السلام وكناك به حجة! ومسلم بن خالد الزنجي من رجال أبي داود وابن ماجه، ذكره ابن حبان في الثقات، ووثقه ابن معين وقال الساجي: صدوق، وهو من الفقهاء الأعلام.

* انظر وسائل الأسلاف إلى مسائل الخلاف لسبط ابن الجوزي (ص ٣٩٣، ٣٦٨).

** رواه الشيباني في الحجة (٢/٥١٩)، وفي المبسوط له (٥/١٩٨).

*** السنن الكبرى (٥/٣٢٢).

والعيب من الثمن^(١). وبه نأخذ^(٢). وكان ابن ليلى يقول: يردها ويرد معها مهر مثلها^(٣). والمهر في قوله يأخذ العشر من قيمتها ونصف العشر فيجعل المهر نصف ذلك. ولو أن المشتري لم يطاء الجارية ولكنه حدث بها عيب عنده لم يكن له أن يردها في قول أبي حنيفة، ولكنه يرجع بفضل ما بين العيب والصحة. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: يردها ويرد ما نقصها العيب الذي حدث عنده.

قال: وإذا اشترى الجارية فوطئها فاستحقها رجل ف قضى له بها القاضي، فإن أبا حنيفة رحمته كان يقول: على الواطئ مهر مثلها على مثل ما يتزوج به الرجل مثلها يحكم به ذوا عدل ويرجع بالثمن على الذي باعه ولا يرجع بالمهر. وبه نأخذ^(٤). وكان ابن أبي ليلى يقول: على الواطئ المهر، على ما ذكرت لك من قوله، ويرجع على البائع بالثمن والمهر لأنه قد غره منها. قال محمد: وكيف يرجع عليه في قول ابن أبي ليلى بما أحدث وهو الذي وطئ؟ أ رأيت لو باعه ثوباً فخرقه أو أهلكه فاستحقه رجل وضمنه بالقيمة أليس إنما يرجع على البائع بالثمن وإن كانت القيمة أكثر منه؟

قال: وإذا اشترى الرجلان جارية فوجدا بها عيباً فرضي أحدهما بالعيب ولم يرض الآخر، فإن أبا حنيفة رحمته كان يقول: ليس لواحد منهما أن يرد حتى يجتمعا على الرد جميعاً. وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول: لأحدهما أن يرد حصته وإن رضي الآخر بالعيب. وبه نأخذ^(٥).

(١) قال في المبسوط ج ١٣ ص ٩٧: قلنا يرجع بحصة العيب من الثمن، لأن الجزء القات صار مستحقاً بالعقد للمشتري وقد تعذر تسليمه إليه فيرد حصة من الثمن، لأنه صار مقصوداً بالمنع فيكون له حصة من الثمن، فطريق معرفة ذلك أن يقومها وبها العيب ويقومها ولا عيب بها، فإن كان تفاوت ما بين القيمتين العشر رجع بعشر الثمن، وإن كان نصف العشر رجع بنصف عشر الثمن إلا أن يقول البائع: ردها علي فأنا أرضى بذلك فحينئذ يردها، لأن المانع من الرد حقه، وقد زال حين رضي به.

(٢) وهو قول محمد أيضاً أفاده السرخسي في ص ٩٥ ج ١٣

(٣) وفي المبسوط ج ١٣ ص ٩٥ في باب العيوب في البيوع وقال ابن أبي ليلى: يردها بكراً كانت أو نثياً، ويرد معها عقرها عشر قيمتها إن كانت بكراً أو نصف عشر قيمتها إن كانت نثياً. قلت: وروي ذلك عن عمر وزيد بن ثابت - رضي الله عنهما - أفاده السرخسي بعد ذلك.

(٤) وهو قول محمد كما يفهم من المبسوط.

(٥) قلت: وهو قول محمد أيضاً كما أفاده السرخسي في باب خيار العيب ص ٥٠ ج ١٣.

قال: وإذا اشترى الرجل أرضاً فيها نخل وفيه ثمر ولم يشترط شيئاً، فإن أبا حنيفة عليه السلام كان يقول ^(١): الثمر للبائع إلا أن يشترط ذلك المشتري. وكذلك بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه كان يقول: «من اشترى نخلاً له ثمر مؤبرة فثمره للبائع إلا أن يشترط ذلك المشتري، ومن اشترى عبداً وله مال فماله للبائع إلا أن يشترط ذلك المشتري» ^(٢)، وبه نأخذ ^(٣). وكان ابن أبي ليلى يقول: الثمرة للمشتري وإن لم يشترط، لأن ثمرة النخل من النخل.

(١) زاد السرخسي النخل للمشتري والثمرة للبائع إلخ.

(٢) أخرجه الإمام محمد في كتاب الآثار عن الإمام عن أبي الزبير عن جابر رفعه: «من باع نخلاً مؤبراً أو عبداً له مال فثمرته والمال للبائع إلا أن يشترط المشتري». وأخرجه الحارثي وابن خسرو وطلحة بن محمد وابن المظفر والأشعري والكلاعي أيضاً. وأخرجه الحسن بن زياد أيضاً في مسنده عنه. وأخرجه الحارثي والأشعري والقاضي أبو بكر عنه عن أبي الزبير عن جابر بلفظ: «من باع عبداً وله مال فماله للبائع إلا أن يشترط المبتاع، ومن باع نخلاً مؤبراً فثمرته للبائع إلا أن يشترط المبتاع». وأخرجه أبو يوسف في آثاره بلفظ: «من باع نخلاً مؤبراً أو عبداً ثمر النخل ومال العبد للبائع إلا أن يشترط المبتاع». وأخرجه الشيخان عن ابن عمر بلفظ: «من باع نخلاً مؤبراً فالثمرة للبائع إلا أن يشترط المبتاع».*

(٣) قال السرخسي: وبه أخذ محمد - رحمه الله -، ثم قال: وقال أبو يوسف: إن اشترى الأرض بحقوقها أو مرافقها دخل الثمار في العقد وإلا لم تدخل. فأما على قول محمد وهو قول أبي حنيفة، لا تدخل الثمار إلا بالتخصيص عليها، سواء ذكر الحقوق أو لم يذكر، بمنزلة المبتاع في الأرض. وحكي أن أبا يوسف رحمه الله كان أملى هذه المسألة على أصحابه وكان محمد حاضراً في المجلس فلما ذكر هذا القول قال محمد رحمه الله في نفسه: ليس الأمر كما يقول، فباداه المستملي هنا من يخالفك رحمك الله! فقال: من هو؟ فقال: محمد بن الحسن. فقال أبو يوسف: ما نضع يقول رجل فقد عن العلم! أي ترك الاختلاف إلينا، فسكت محمد ولم يجبه احتراماً له. قلت: ولم يذكر هذا التفصيل هنا في المتن فلعله اختاره بعد تصنيف هذا الكتاب، والله أعلم.

* رواه البخاري (٧٦٧/٢، ٧٦٨، ٨٣٨، ٩٦٨)، ومسلم (١١٧٢/٣) وابن أبي شيبة في المصنف (٤/٥٠٠)، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٢٦/٤)، ومختصر اختلاف العلماء (٩٥/٣).

باب الاختلاف في العيب

قال أبو يوسف: وإذا اشترى الرجل من الرجل الحارية أو الدابة أو الثوب أو غير ذلك فوجد المشتري به عيباً وقال: بعني وهذا العيب به فأنكر ذلك البائع، فعلى المشتري البينة. فإن لم تكن له بينة فعلى البائع اليمين بالله لقد باعه وما هذا العيب به. فإن قال البائع: أنا أرد اليمين عليه، فإن أبا حنيفة رحمته كان يقول: لا أرد اليمين عليه ولا يحولها^(١) عن الموضع الذي وضعها رسول الله ﷺ. وبه يأخذ^(٢). وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول مثل قول أبي حنيفة رحمته، إلا أنه إذا اتهم المدعي رد اليمين عليه فيقال: احلف وردها، فإن أبي أن يحلف لم يقبل منه وقضي عليه.

قال: وإذا باع الرجل بيعاً فبرئ من كل عيب، فإن أبا حنيفة رحمته كان يقول: البراءة من كل ذلك جائزة ولا يستطيع المشتري أن يرده ببيع كائناً ما كان. ألا ترى أنه لو أبراه من الشجاج برئ من كل شجة، ولو أبراه من الفروح برئ من كل فرحة؟ وهذا نأخذ^(٣). وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول: لا يبرأ من ذلك حتى يسمي العيوب كلها بأسمائها، ولم يذكر أن يضع يده عليها^(٤).

قال: وإذا اشترى الرجل دابة أو خادماً أو داراً أو ثوباً أو غير ذلك فادعى فيه رجل دعوى، لم يكن للمدعي على دعواه بينة فأراد أن يستحلف المشتري الذي في يديه ذلك المتاع على دعواه، فإن أبا حنيفة رحمته كان يقول: اليمين عليه البينة: بالله ما لهذا فيه حق. وبهذا يأخذ^(٥) وكان ابن أبي ليلى يقول: عليه أن يحلف بالله ما يعلم أن لهذا فيه حقاً.

قال: وإذا اشترى المشتري بيعاً^(٦) على أن البائع بالخيار شهراً أو على أن المشتري بالخيار شهراً، فإن أبا حنيفة رحمته كان يقول: البيع فاسد ولا يكون الخيار فوق ثلاثة أيام. بلغنا عن رسول الله ﷺ أنه كان يقول: «من اشترى شاة محفلة فهو بخير النظرين ثلاثة أيام

(١) قوله «ولا يحولها» إلخ أي لا يعثر تقسيم النبي ﷺ حيث جعل البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه.

(٢) وهو قول محمد بن الحسن أيضاً.

(٣) وهو قول أبي حنيفة. والمسألة في ص ٩٥ ح ١٣ من مسوط الرخسي.

(٤) وروى أصحاب المسائب في مناظرة جرت بينه وبين الإمام بين يدي مصور الحلبي أنه كان مذهبه: أنه لا يبرأ حتى يضع يده على المعيب وسماه الإمام أبو يوسف بقوله: ولم يذكر إلخ.

(٥) وهو قول محمد أيضاً كما في المسوط.

(٦) كذا في الأصل ولعله تصحيف (شيئاً).

إن شاء ردها وردَّ معها صاعًا من تمر أو صاعًا من شعير^(١) «مجعل الخيار كله على قول رسول الله ﷺ^(٢)». وكان ابن أبي ليلى يقول: الخيار جائز شهراً كان أو سنة. وبه تأخذ^(٣).

قال: وإذا اشترى الرجل بيعاً^(٤) على أن السائع بالخيار يوماً وقصبه المشتري فهلك عنده، فإن أبا حنيفة رضي الله عنه كان يقول: المشتري ضامن بالقيمة لأنه أخذه على بيع. وبه تأخذ^(٥). وكان ابن أبي ليلى يقول: هو أمين في ذلك لا شيء عليه فيه. ولو أن الخيار كان للمشتري فهلك عنده فهو عليه بضمن الذي اشتراه به في قولهما.

قال: وإذا اشترى الرجل الجارية فباع تصفها ولم يبع النصف الآخر ثم وحدها عينا قد كان البائع دلسه له، فإن أبا حنيفة رضي الله عنه كان يقول: لا يستطيع أن يرد ما بقي منها ولا يرجع بما قصها العيب، ويقول^(٦): رد الجارية كلها كما أخذتها وإلا فلا حق لك. وبه تأخذ^(٧). وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول: يرد ما في يده منها على البائع بقدر ثمنها^(٨). وكذلك

(١) أخرجه الحافظ ابن المظفر وابن خسرو من طريقه عن رقر عن الإمام عن الهيثم عن محمد بن سيرين عن أبي هريرة رضي الله عنه ولفظه «من اشترى شاة مصراة فهو بالخيار ثلاثة أيام فإن ردها ردَّ معها صاعاً من تمر لا سراء» وأخرجه مسلم هكذا إلا أنه قال: «من ابتاع» وأخرجه الطحاوي من طريق هشام وحبيب عن ابن سيرين. وأخرجه من طريق سهيل بن أبي صالح عن أبيه عن أبي هريرة مثله بلفظ «من ابتاع شاة مصراة فهو فيها بالخيار ثلاثة أيام فإن شاء أمسكها وإن شاء ردها وردَّ معها صاعاً من تمر» وروي هذا الحديث من طرق آخر ولم يذكر فيها خيار المشتري وقتاً. أخرجه مسلم والبخاري والطحاوي وغيرهم.*

(٢) قال السرخسي في المبسوط ص ٣٨ ج ١٣ بعدما ذكر الحديث: ففيه دليل جواز اشتراط الخيار في البيع. والمراد خيار الشرط، ولهذا قدره بثلاثة أيام. وذكر التحفيل لبيان السبب الداعي إلى شرط الخيار، والمحفلة: التي اجتمع اللب في ضرعها. والمحفل: هو الجمع اهـ أي قال بالخيار حسب ما قدره ﷺ بقوله «ثلاثة أيام».

(٣) وهو قول محمد أيضاً كما في المبسوط ص ٤١ ج ١٣.

(٤) كذا في الأصل ولعله تصحيف شيئاً.

(٥) وهو قول محمد أيضاً. أعاده السرخسي في مبسوطه ص ٤٦ ج ١٣.

(٦) كذا في الأصل يعني يقول له.

(٧) وبه أخذ محمد أيضاً.

(٨) وفي المبسوط ج ١٣ ص ١٠١ وقال ابن أبي ليلى: له ذلك «أي رد ما بقي منها» إلا أن يشاء البائع أن يرد عليه نقصان العيب إلخ.

* رواه البخاري (٧٥٥/٢)، وأبو عوانة في مسنده (٢٧٩/٣)، وعبد الرزاق في المصنف (١٩٨/٨)، بلفظ (محفلة). ورواه مسلم (١١٥٨/٣) وابن أبي شيبة (٤٦٠/٤)، والطحاوي في شرح معاني الآثار (١٨، ١٧/٤)، بلفظ (مصراة). ورواه الطحاوي (١٩/١٤)، والبيهقي (٣٢٠/٥) بمط (اتاع).

قولهما^(١) في الثياب وفي كل بيع^(٢).
قال: وإذا اشترى الرجل عبداً واشتراط فيه شرطاً أن يبيعه من فلان أو يهبه لفلان أو على أن يعتقه، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: البيع في هذا فاسد. وبه نأخذ^(٣). وقد بلغنا عن عمر بن الخطاب رحمته الله نحو من ذلك^(٤) وكان ابن أبي ليلى يقول: البيع حائر والشرط باطل.

قال: وإذا كان لرجل على رجل مال من [شئ]^(٥) بيع فحل المال فأخره عنه إلى أجل آخر، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: تأخير جائر وهو إلى الأجل الآخر الذي أخره عنه^(٦) وبه نأخذ^(٧). وكان ابن أبي ليلى يقول: له أن يرجع في ذلك إلا أن يكون ذلك على وجه الصلح منهما.

قال: ولو أن رجلاً كان له على رجل مال فتغيب عنه المطلوب حتى حط^(٨) عنه بعد ذلك المال على أن يعطيه بعضه ثم ظهر له بعد. فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: ما حط عنه من ذلك المال فهو جائز. وكان ابن أبي ليلى يقول: له أن يرجع فيما حط عنه لأنه تغيب عنه^(٩).

(١) أي قول أبي حنيفة وابن أبي ليلى.

(٢) وفي بيع بعض الطعام روايتان عن أبي يوسف ومحمد في رواية يرد ما بقي، لأنه لا يضره التعييض ولكنه لا يرجع بنقصان العيب فيما إذا باع اعتساراً للبعض بالكل، وفي رواية لا يرجع بشيء كما هو قول أبي حنيفة. وأما إذا أكل بعضه ففي رواية عنهما يرجع بنقصان العيب في الكل. لأن الطعام في حكم شيء واحد يرد بعضه بالعيب. وأكل الكل عندهما لا يمنعه من الرجوع بنقصان العيب فأكمل العيص أولى، وفي الرواية الأخرى يرد ما بقي ويرجع بنقصان العيب فيما أكله - من المبسوط (ص ١٠٢ ح ١٣).

(٣) وبه أخذ الإمام محمد بن الحسن أيضاً - أفاده السرخسي في مسوطه (ح ١٣ ص ١٣).

(٤) أخرج الإمام محمد في الآثار عن الإمام عن أبي العطف عن الزهري أن عبد الله بن مسعود رحمته الله اشترى جارية من زوجته ربيب الثففة واشترطت عليه أنه إن استغنى عنها فهي أحق بها بثمانها، فلقى عمر بن الخطاب رحمته الله فذكر له فقال: ما يعجبني أن تقرمها ولأحد فيها شرط. فرجع عبد الله فردها. قال محمد: وبه نأخذ. كل شرط كان في بيع ليس فيه مفعة للمانع أو المشتري أو للجارية فهو فاسد. وأخرجه الحسن بن زياد أيضاً في مسنده وابن خسر من طريقه. وأخرجه البيهقي في سننه ج ٥ ص ٣٣٦ من طريق مالك عن ابن شهاب (الزهري) عن عبيد الله بن عبد الله بن عتبة أن عبد الله - الحديث.

(٥) زيادة من مبسوط الإمام السرخسي.

(٦) زاد في المبسوط: وليس له أن يرجع عنه.

(٧) وهو قول محمد رحمته الله - أفاده السرخسي.

(٨) وفي المبسوط: حتى حط الطالب ببعضه ثم ظهر لم يكن له أن يرجع فيما حط عنه.

(٩) ونسخة المبسوط: لأنه كان مضطراً في هذا الحط.

ولو أن الطالب قال: إن طهر لي فله مما عليه كذا وكذا، لم يكن قوله هذا يوجب عليه شيئاً في قولهم جميعاً.

قال: وإذا باع الرجل الرجل بيعاً إلى العطاء^(١)، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول في ذلك: البيع فاسد. وكان ابن أبي ليلى يقول: البيع جائز والمال حال. وكذلك قولهما في كل مبيع إلى أجل لا يعرف، فإن استهلكه المشتري فعليه القيمة في قول أبي حنيفة رحمه الله، وإن حدث به عيب رده ورد ما نقصه العيب، وإن كان قائماً بعيه فقال المشتري: لا أريد الأجل وأما أنقد لك المال، جاز ذلك له في هذا كله في قول أبي حنيفة. وبه نأخذ^(٢).

باب بيع الثمار قبل أن يبدؤ صلاحها*

قال أبو يوسف: وإذا اشترى الرجل ثمرًا قبل أن يطلع من أصناف الغلة كلها^(٣)، فإن أبا حنيفة رحمه الله قال: إذا لم يشترط ترك ذلك الثمر إلى أن يطلع فإن البيع جائز، ألا ترى أنه لو اشترى قصيباً^(٤) يقصله على دوابه قبل أن يبلغ كان ذلك جائزاً؟

قال: ولو اشترى شيئاً من الطلع^(٥) حين يخرج فقطعه كان جائزاً.

وإذا اشتراه ولم يشترط تركه فعليه أن يقطعه، فإذا استأذن صاحبه في تركه فأذن له في ذلك فلا بأس بذلك، وبه نأخذ^(٦). وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول: لا خير في بيع شيء من ذلك حتى يبلغ، ولا بأس^(٧) إذا اشترى شيئاً من ذلك قد بلغ أن يشترط على

(١) لم يذكر السرخسي خلافاً في هذه المسألة.

(٢) وفي المبسوط ص ٢٧ ح ١٣: وإن اشترى الرجل شيئاً إلى الحصاد أو إلى الدياس أو إلى العطاء أو إلى جذاذ الحبل أو رجوع الخاج، فهذا كله باطل. بلغنا نحو ذلك عن ابن عباس رضي الله عنهما.

(٣) وهو قول محمد رحمه الله.

(٤) وفي المبسوط من أصناف الثمار كلها.

(٥) قال في المغرب: القصل: قطع الشيء، ومه: القصيل وهو الشعير يحز أخضر لعلف الدواب. والقصاء يسمون الزرع قبل إدراكه قصيباً وهو مجاز.

(٦) الطلع: ما يطلع من النخلة وهو الكم قبل أن ينشق. وأطلع الحبل: خرج طلع. والكم بالكسر والضم: غلاف الثمرة - مغرب.

(٧) وبه أخذ محمد بن الحسن - أماده السرخسي.

(٨) وغير في المبسوط عن هذه المسألة باللفظ الآتي: فإن كانت الثمار قد بلغت يعني انتهى عطها فاشترها بشرط الترك إلى أجل معلوم، فالفقد فاسد عندنا. وقال ابن أبي ليلى: العقد صحيح.

البائع تركه إلى أجل، وكان أبو حنيفة رحمته الله يقول: لا خير في هذا الشرط.
 قال: وإذا اشترى الرجل أرضاً فيها نخل فيها حمل فلم يذكر النخل ولا الحمل، فإن
 أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: النخل للمشتري تبعاً للأرض، والثمرة للبائع إلا أن يشترط
 المشتري. بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال: «من اشترى نخلاً مؤبراً فثمرته للبائع إلا أن
 يستثنيه المشتري»^(١). وبه يأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: الثمرة للمشتري^(٢).
 قال: وإذا اشترى الرجل مائة ذراع مكسرة^(٣) من دار غير مقسومة أو عشرة
 أحرية^(٤) من أرض غير مقسومة، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول في ذلك كله: البيع باطل،
 ولا يجوز لأنه لا يعلم ما اشترى كم هو من الدار، وكم هو من الأرض، وأين موضعه من
 الدار والأرض. وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول: هو جائز في البيع. وبه نأخذ^(٥). وإن
 كانت الدار لا تكون مائة ذراع، فالمشتري بالخيار إن شاء ردها، وإن شاء رجع بما
 نقصت الدار على البائع^(٦) في قول ابن أبي ليلى.

(١) وقد مر الحديث قبل ذلك ومر تحريجه.

(٢) هذه المسألة مكررة، وقد مرت في أول الكتاب ليس بينهما فرق إلا في بعض الألفاظ.

(٣) قال الإمام السرخسي: المكسرة: المعروفة من الذراع بين الناس، سميت مكسرة لأنها كسرت من
 ذراع الملك قبضة.

(٤) الأحرية جمع الحريب وهو ستون ذراعاً في ستين. قال قدامة في كتاب الخراج الأشد إذا ضرب في
 مثله فهو الجريب. والأشد طول ستين ذراعاً والذراع ست قبضات، والقبضة أربع أصابع، قال:
 وعشر هذا الجريب يسمى قفيزاً، وعشر هذا القفيز عشيراً فالقفيز عشرة أعشراء، وهي خمسة
 وعشرون رطلاً - مغرب.

(٥) وبه أخذ الإمام الرباني محمد بن الحسن الشيباني. أفاده في المبسوط.

(٦) قال الإمام السرخسي في مبسوطه (ح ٣٠ ص ١٣٦) ثم إذا جاز العقد عندهم فإن كانت مائة
 ذراع فهي للمشتري، وإن كانت مائتي ذراع فالمشتري يكون شريكاً بقدر مائة ذراع، وإن
 كانت دون مائة ذراع فالمشتري أن يردها إن شاء لتغيير شرط العقد عليه وإن شاء أحدها
 بحصتها من الثمن لأنه سمي جملة الثمن بمقابلة مائة ذراع، فإذا لم يسلم له إلا حصون ذراعاً لم
 يكن عليه إلا نصف الثمن. وهذا بخلاف ما لو اشترى الأرض على أنها مائة ذراع فوجدها
 خمسين ذراعاً واختار أخذها لزمه جميع الثمن. لأن هناك الثمن بمقابلة العين، وذكر الذراع على
 وجه بيان الصفة، وهنا الثمن بمقابلة ما سمي من الذراع ها لبيان مقدار المفقود عليه، فإذا لم
 يسلم له إلا نصف المسمى لا يلزمه إلا نصف الثمن، كما لو اشترى عشرة أقدرة حطبة فوجدها
 خمسة أقدرة.

قال: وإن كانت الأحام^(١) خطورة وقد حطر^(٢) فيها سمك فاشتره رجل فإن أما حيفة^(٣) كان يقول: لا يجوز ذلك. بلغنا عن ابن مسعود^(٤) أنه قال: لا تشتروا السمك في الماء فإنه عرر. وكذلك بلغنا عن عمر بن الخطاب^(٥) وإبراهيم النخعي^(٦). وبه يأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول في هذا: شراؤه حائر لا بأس به. وكذلك بلغنا عن عمر بن عبد العزيز^(٧).

قال: وإذا حبس الرجل في الدين وفلسه القاضي فباع في السجن واشترى وأعتق أو تصدق بصدقة أو وهب هبة، فإن أبا حيفة^(٨) كان يقول: هذا كله حائر، ولا يباع شيء من ماله في الدين، وليس بعد التفليس شيء إلا ترى أن الرجل قد يفلس اليوم ويصيب غداً مالاً؟ وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول: لا يجوز بيعه ولا شراؤه ولا عتقه ولا هبته ولا صدقته بعد التفليس، فبيع ماله ويقضيه الغرماء، وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى مثل قول ابن أبي ليلى ما خلا العتاقة في المحرر، وليس من قبيل التفليس ولا يحير شيئاً سوى العتاقة من ذلك أبداً حتى يقضي دينه^(٩).

قال: وإذا أعطى الرجل الرجل متاعاً يبيعه ولم يسم بالنقد ولا بالسبيعة فباعه

(١) الأجمة: الشجر الملتف، والجمع أجم وأحام. وقولهم: بيع السمك الأجمة يريدون الطيحة التي هي منبت القصب أو البراع - مغرب. والبطيحة: مسيل واسع فيه رمل ودقاق الحصى، والبراع: واحدة براعة القصب، والقصبية التي يقع فيها الراعي.

(٢) الحظر: المنع، ومنه حظيرة الإبل - مغرب.

(٣) أما حديث ابن مسعود فأخرجه البيهقي من طريق أحمد بن حنبل عن محمد ساك عن يزيد بن أبي زياد عن المسيب بن رافع عن عبد الله بن مسعود مرفوعاً: «لا تشتروا السمك في الماء فإنه عرر» قال: فيه إرسال، والصحيح ما رواه هشيم عن يزيد موقوفاً على عبد الله. ورواه أيضاً سميان الثوري عن يزيد موقوفاً على عبد الله: أنه كره بيع السمك في الماء. وأخرجه أبو يوسف في الخراج عن يزيد عن المسيب عن عبد الله موقوفاً: «لا تبيعوا السمك في الماء فإنه عرر».

وأما حديث عمر^(٤) فأخرجه هو أيضاً في خراجه عن العلاء بن المسيب بن رافع عن الخمارث العكلي عن عمر بن الخطاب^(٥) أنه قال: «لا تبيعوا السمك في الماء فإنه عرر». وأما حديث إبراهيم فأخرجه محمد في آثاره عن الإمام عن حماد أنه كان يكره بيع صيد الأحام وقصصها.

(٤) أخرجه أبو يوسف في خراجه ومحمد في آثاره عن الإمام عن حماد قال: طلبت إلى عبد الحميد بن عبد الرحمن فكتب إلى عمر بن عبد العزيز يسأله عن بيع صيد الأحام، فكتب إليه عمر أنه لا بأس به وسماه الحبس وأخرجه أبو يوسف أيضاً بطريق آخر. وأخرج جوازاً عن علي^(٦) أيضاً.

(٥) قلت: وبه قال محمد أيضاً كما ذكره السرخسي في مبسوطه ج ٣ ص ١٢٧ قال: إلا أن عبد أبي حنيفة لا سعاية على العمد، وعلى قول أبي يوسف ومحمد يلزمه السعاية في قيمته للغرماء. وهو بناء على مسألة المحرر بسبب الدين، وقد بينا ذلك في كتاب المحرر.

اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى

بالنسبة، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: هو جائز^(١)، وبه نأخذ^(٢). وكان ابن أبي ليلى يقول: البيع جائز والأمور ضامن لقيمة المتاع حتى يدفعه لرب المتاع، فإذا حرج الثمن من عند المشتري وفيه فصل عن القيمة، فإنه يرد ذلك الفصل على رب المتاع، وإن كان أقل من القيمة لم يضمن غير القيمة الماضية، ولم يرجع البائع على رب المتاع بشيء، والله تعالى أعلم.

قال: وإذا اختلف البيعان فقال البائع: بعثك وأنا بالخيار، وقال المشتري: بعثني ولم يكن لك خيار، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: القول قول البائع مع يمينه^(٣). وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول: القول قول المشتري. وبه نأخذ.

قال: وإذا باع الرجل جارية بجملة وقبض كل واحد منهما ثم وجد أحدهما بالجارية التي قبض عيًّا، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: يردها ويأخذ جاريته لأن البيع قد انتقض. وبه نأخذ^(٤). وكان ابن أبي ليلى - رحمه الله - يقول: يردها ويأخذ قيمتها صحيحة، وكذلك قولهما في جميع الرقيق والحيوان والعروض.

قال: وإذا اشترى الرجل بيعًا^(٥) لغيره بأمره فوجد به عيًّا، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: يخصم المشتري ولا ننالي أحضر الأمر أم لا، ولا يكلف المشتري أن يحضر الأمر، ولا نرى على المشتري يمينًا إن قال البائع [إن]^(٦) الأمر قد رضي بالعيب. وبه نأخذ^(٧). وكان ابن أبي ليلى يقول: لا يستطيع المشتري أن يرد السلعة التي بها العيب حتى يحضر الأمر فيحلف ما رضي بالعيب، ولو كان غائبًا بغير ذلك البلد. وكذلك الرجل معه مال مضاربة أتى بلادًا يتجر فيها بذلك المال، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: ما اشترى من ذلك فوجد به عيًّا فله أن يرده ولا يستحلف على رضا الأمر بالعيب. وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول: لا يستطيع المشتري المضارب أن يرد شيئًا من ذلك حتى يحضر

(١) زاد في المبسوط: ولا ضمان على البائع.

(٢) وهو قول الإمام محمد أيضًا - أماده في المبسوط.

(٣) كذا هو في باب الخيار في البيع من المبسوط خلاف هذه المسألة قال: «وإذا اختلف البائع والمشتري في اشتراط الخيار فالقول قول الذي ينمي منهما» فالإمامي هنا هو المشتري دون البائع؛ ولم تذكر هذه المسألة في كتاب الاختلاف من المبسوط، والله أعلم.

(٤) وهو قول محمد أيضًا كما في المبسوط.

(٥) وفي المبسوط ذكرت هذه المسألة في (ص ١٢٠ ج ١٣) ومرض المسألة في جارية.

(٦) زيادة من المبسوط.

(٧) وبه أخذ صاحبه أيضًا.

رب المال فيحلف بالله ما رضي بالبيع وإن لم ير المتاع وإن كان غائباً، أرايت^(١) رجلاً
أمر رجلاً فباع له متاعاً أو سلعة فوجد المشتري به عيباً أيخاصم البائع في ذلك أو يكلفه
أن يحضر الأمر رب المتاع؟ ألا ترى أن خصمه في هذا البائع ولا يكلفه أن يحضر الأمر
ولا خصومة بينه وبينه، فكذلك إذا أمره فاشتري له فهو مثل أمره بالبيع، أرايت لو
اشتري متاعاً ولم يره أكان للمشتري الخيار إذا رآه أم لا يكون له خيار حتى يحضر الأمر؟
أرايت لو اشتري عبداً فوجده أما كان له أن يرده بهذا حتى يحصن الأمر؟ بلى له أن يرده
ولا يحضره الأمر.

قال: وإذا باع الرجل ثوباً مربوحة على شيء مسمى فباع المشتري الثوب ثم وجد
البائع قد خانه في المربوحة وزاد عليه في المربوحة، فإن أبا حنيفة رحمته كان يقول: البيع جائز
لأنه قد باع الثوب، ولو كان عنده الثوب كان له أن يرده ويأخذ ما نقد إن شاء ولا يحطه
شيئاً. وكان ابن أبي ليلى يقول: تحط عنه تلك الخيانة وحصلتها من الربح. وبه نأخذ.

قال: وإذا اشترى الرجل للرجل سلعة فظهر فيها عيب^(٢) قبل أن ينقد الثمن، فإن
أبا حنيفة رحمته كان يقول: له أن يردها إن أقام البينة على العيب. وبه نأخذ^(٣). وكان ابن
أبي ليلى - رحمه الله - يقول: لا أقبل شهوداً^(٤) على العيب حتى ينقد الثمن.

قال: وإذا باع الرجل على ابنه وهو كبير داراً أو متاعاً من غير حاجة ولا عذر،
فإن أبا حنيفة رحمته كان يقول: ولا يجوز ذلك على ابنه. وبه نأخذ^(٥). وكان ابن أبي ليلى
يقول: يبيعه عليه جائز.

قال: وإذا باع الرجل متاعاً لرجل والرجل حاضر ساكت، فإن أبا حنيفة رحمته كان
يقول: لا يجوز ذلك عليه، وليس سكوته إقراراً بالبيع. وبه نأخذ^(٦). وكان ابن أبي ليلى
يقول: سكوته إقرار بالبيع.

(١) هذه الحجج حجاج للإمام أبي حنيفة أوردها على ابن أبي ليلى إما أبو يوسف أو محمد، مضاف،
والله أعلم، من الكتاب قبل قوله «أرايت» شيء نحو قال محمد وكيف يقول ابن أبي ليلى: لا
يستطيع المشتري أن يرد السلعة أرايت إلخ فإذا قدر مثل هذه العبارة يستقيم سياق العبارة. بل
ربما يكون سرد تلك الحجج من الإمام أبي حنيفة نفسه، كما سيأتي نظير لذلك. والله أعلم.

(٢) وفي نسخة المبسوط قطع فيها بعيب.

(٣) وهو قول محمد - أناده السرخسي.

(٤) وفي نسخة المبسوط: لا تقبل شهادة شهود.

(٥) وبه أخذ محمد أيضاً.

(٦) وبه قال محمد.

اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى

قال: وإذا باع الرجل نصيباً من داره ولم يسم ثلثاً أو ربعاً أو نحو ذلك أو كذا وكذا سهمًا، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: لا يجوز البيع على هذا الوجه. وقال أبو يوسف رحمه الله:- له الخيار إذا علم إن شاء أخذ وإن شاء ترك ^(١). وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول: إذا كانت الدار بين اثنين أو ثلاثة أجزت بيع النصيب وإن لم يسم، وإن كانت أسهما كثيرة ^(٢) لم يجز حتى يسمي.

قال: وإذا حتم الرجل على شراء، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: ليس ذلك بتسليم للبيع حتى يقول: سلمت. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول: ذلك تسليم للبيع.

قال: وإذا بيع الرقيق والمتاع في عسكر الخوارج وهو متاع من متاع المسلمين أو رقيق من رقيقهم ^(٣) قد غلبهم عليه، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: لا يجوز ^(٤) ويرد على أهله وبه نأخذ ^(٥). وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول: هو جائز. وإن كان المتاع قائماً بعينه والرقيق قائماً بعينه وقتل الخوارج قبل أن يبيعوه رد على أهله في قولهم جميعاً.

قال: وإذا باع الرجل المسلم الدابة من النصراني فادعاه نصراني آخر ^(٦) وأقام عليها بينة من النصارى، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: لا تجوز شهادتهم، من قبل أنه يرجع بذلك على المسلم ^(٧) وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول: شهادتهم جائزة على النصراني ولا يرجع على المسلم بشيء. وبه نأخذ ^(٨).

قال: وإذا باع الرجل بيعاً من بعض ورثته وهو مريض، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: لا يجوز بيعه ذلك إذا مات من مرضه. وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول: يبعه جائز.

(١) قال الإمام السرخسي: فقد بينا هذه المسألة بوجوهها في آخر الشفعة ولكن ها ذكر قول أبي حنيفة وحده، وأن البيع جائز إن لم يعلم المشتري بنصيب البائع وله الخيار إذا علم به، وذكر هناك قول محمد مع أبي يوسف، فعن محمد فيه روايتان. قلت: ومسألة الشفعة في ص ١٨٣ ج ١٤ وقال هاك. قول محمد مضطرب فيه، ذكره في بعض النسخ مع أبي يوسف وفي البعض مع أبي حنيفة.

(٢) وفي المبسوط: سهاماً كثيرة.

(٣) وفي المبسوط وذلك من مال أهل العدل.

(٤) وفي المبسوط لم يجر البيع.

(٥) أي وبه يأخذ أبو يوسف ومحمد أيضاً.

(٦) وفي نسخة المبسوط: فاستحقها نصراني من يد المشتري بينة من النصارى.

(٧) وهو قول محمد أيضاً.

(٨) قال الإمام السرخسي: وقد بينا خلاف أبي يوسف في هذه المسألة في كتاب الشهادات، وقول ابن أبي ليلى كقول أبي يوسف.

قال: وإذا استهلك الرجل مالا لولده وولده كبير والرجل عمي، فإن أبا حنيفة رحمته كان يقول: هو دين على الأب. وبه نأخذ ^(١). وكان ابن أبي ليلى يقول: لا يكون له دين على أبيه، وما استهلك أبوه من شيء لابنه فلا ضمان عليه فيه.

قال: وإذا اشترى رجل حارية بعبد وزاد معها مائة درهم ثم وجد بالعبد عيباً وقد ماتت الحارية عند المشتري، فإن أبا حنيفة رحمته كان يقول: يرد العبد ويأخذ منه مائة درهم وقيمة الحارية صحيحة، فإن كانت الحارية هي التي وجد بها العيب وقد مات العبد، ردت الحارية وقسم قيمة العبد على المائة الدرهم على قيمة الحارية فيكون له ما أصاب المائة الدرهم ويرد ما أصاب قيمة الحارية من قيمة العبد. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول في هذا: إن وجد بالعبد عيباً رده وأحد قيمته صحيحاً. وكذلك الدراهم التي هي في يديه ^(٢).

قال: وإذا اشترى الرجل ثوبين من رجل وقبضهما فهلك أحدهما ووجد بالثوب الآخر عيباً فأراد رده فاختلفا في قيمة الهالك، فإن أبا حنيفة رحمته كان يقول: القول قول النائع مع يمينه. وبه نأخذ ^(٣). وكان ابن أبي ليلى يقول: القول قول المشتري.

باب المضاربة*

قال أبو يوسف رحمته: وإذا أعطى الرجل الرجل ثوباً يبيعه على أن ما كان فيه من ربح فينبهما نصفان، أو أعطاه داراً يتيبها ويؤاجرها على أن أجزأها بينهما نصفان، فإن أبا حنيفة رحمته كان يقول في ذلك كله: فاسد، وللذي باع أجزأ مثله على رب الثوب ولباني الدار أجزأ مثله على رب الدار. وبه نأخذ ^(٤). وكان ابن أبي ليلى يقول: هو جائز والأجزأ والربح بينهما نصفان. وكان ابن أبي ليلى يجعل هذا بمنزلة الأرض للمزارعة والسحل للمعاملة.

قال: وإذا كان مع الرجل مال مضاربة فأدانه ولم يأمره بذلك رب المال ولم ينهه،

(١) وبه قال محمد أيضاً.

(٢) وفي المسوط: وكانت الدراهم للذي في يديه.

(٣) وبه يأخذ الإمام محمد أيضاً.

(٤) وهو قول محمد أيضاً. وهي مسألة باب المضاربة بالعروض، نظيرها في (ص ٣٥ ح ٢٢) من المسوط.

* انظر المسوط للسرخسي (٣٣/٢٢)، والجامع الصغير للشيباني (ص ٤٢٥)، والحقبة له (٢٠/٣).

اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى

إن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: لا ضمان على المضارب، وما أذن من ذلك فهو جائز. وبه نأخذ^(١). وكان ابن أبي ليلى - رحمه الله - يقول: المضارب ضامن إلا أن يأتي بالنية أن رب المال أذن له في النسيئة، ولو أقرضه ضمن في قولهما جميعاً، لأن القرص ليس من المضاربة. حدثنا أبو حنيفة عن حميد بن عبد الله بن عبيد الأنصاري^(٢). عن أبيه عن جده أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أعطى مالاً يتيم مضاربة فكان يعمل به في العراق ولا يدري كيف قاطعه على الربح^(٣). حدثنا أبو حنيفة عن عبد الله بن علي^(٤) عن العلاء بن عبد

(١) وبه قال الإمام محمد أيضاً، وهي مسألة باب ما يجوز للمضارب في المضاربة من المسوطة (ح) ٢٢ ص ٣٩-٣١.

(٢) كذا في الأصل. وأخرجه الحافظ طلحة من طريق الإمام أبي يوسف عن الإمام فقال عن عبد الله بن حميد بن عبيد الأنصاري عن أبيه عن جده أن عمر أعطاه مالا مضاربة ليتيم.

وكذا أخرجه ابن خسر عن طريق أبي عمرو بن حبيب عن الإمام.

وأخرجه أبو يوسف في آثاره [ص ١٦٠] ، [٧٣٢] عن الإمام عن حميد بن عبد الله عن أبيه عن عمر - الحديث، فسقط «ابن عبيد». وكذا «عن جده» من أصل الآثار، والله أعلم.

قال في تهذيب المنفعة: حميد بن عبيد الأنصاري الكوفي عن أبيه أن عمر دفع إليه مالا مضاربة، وعنه ابنه عبد الله، وليث بن أبي سليم وثقه ابن حبان قلت: سى ابن حبان ابنه عبد الله بن عبد الرحمن. وذكر في ترجمة عبد الله بن حميد. ذكره ابن حبان في الثقات.

وذكره في ترجمة عبيد رواه عنه ابنه حميد. قلت: ذكره ابن حبان في الثقات، قلت: وفي تهذيب التهذيب: عبد الله بن عبيد الأنصاري روى عن سعيد بن جبير، وعنه داود بن أبي هند. وقال أبو حاتم: عبد الله بن عبيد الأنصاري قال: كتب إلى رجل من بني زريق في المتلاعنين.

قلت: وكذا قال البخاري. وذكر الخطيب أنه وهم قال: وإنما هو عبد الله بن عبيد بن عمير. بين ذلك سفيان الثوري في روايته عن داود بن أبي هند هذا الحديث، قلت ففي الإسناد قلت: إما عبد طلحة وابن خسرو، وإما عبد أبي يوسف في كتابيه كما في التعجيل، ولعل الصواب ما ذكره هنا وفي الآثار، وكما ذكره في التهذيب، لأن محمداً روى هذا الحديث في كتاب المضاربة من «الأصل» نحو ما رواه أبو يوسف، والله أعلم. وأخرجه ابن أبي شيبة بمثل سند طلحة وابن خسرو فقال: عن عبد الله بن حميد عن أبيه عن جده أن عمر بن الخطاب دفع إليه مال يتيم مضاربة فطلب فيه فأصاب فقامه الفضل - كز العمال.

(٣) وفي رواية كتاب المضاربة راد فعمل له بالعراق، وكان يأتي الحجاز فكان يقاسم عمر الربح.

(٤) هو عبد الله بن علي أبو أيوب الإفريقي الكوفي الأزرق، روى عن صفوان بن سليم وعاصم بن مهذلة والرهري وأبي إسحاق السبيعي وزيد بن أسلم وابن المنكدر وجماعة، وعنه موسى بن عقة من أقرانه ويحيى بن زكريا وعبد الرحيم بن سليمان ومروان بن معاوية وي زيد بن ساه وأبو يوسف القاضي. ذكره ابن حبان في الثقات. قال ابن معين: ليس به بأس. قلت: روى له أبو داود والترمذي - من تهذيب التهذيب. قلت: بواسطة الإمام بينه وبين أبي يوسف لعلها من الساج

الرحمن بن يعقوب^(١) عن أبيه^(٢) أن عثمان بن عفان رضي الله عنه أعطى مالا مقارضة يعني مضاربة^(٣). حدثنا أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم أن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه أعطى زيد بن عينة^(٤) مالا مقارضة^(٥).

(١) هو العلاء بن عبد الرحمن بن يعقوب الحرقلي، أبو شبل المدني مولى الحرقة من جبهة. روى عن أبيه وابن عمر وأنس وأبي السائب ونعيم الجمر وسالم بن عبد الله بن عمر وغيرهم، وعنه ابنه شبل وابن جريج وعبيد الله بن عمر وابن إسحاق ومالك ومسلم الزبجي وشعبة والصفيات وغيرهم. روى له الخمسة والبخاري في جزئه. ذكره ابن حبان في الثقات. وقال الواقدي: كان ثقة، كثير الحديث. وقال النسائي: ليس به بأس، وكذلك روى عن ابن معين، مات سنة ١٣٩ - من التهذيب.

(٢) هو عبد الرحمن بن يعقوب الجهمي المدني. روى عن أبيه وأبي هريرة وأبي سعيد وابن عباس وابن عمر وهانئ مولى علي، وعنه ابنه العلاء وسالم أبو النضر ومحمد بن إبراهيم التيمي ومحمد بن عجلان ومحمد بن عمرو بن علقمة وعمر بن حفص بن ذكوان، ذكره ابن حبان في الثقات. وقال العجلي: تابعي، ثقة. أخرجه له الخمسة والبخاري في جزء القراءة. قلت: أبوه يعقوب روى عن عمر وحذيفة، وعنه ابنه والوليد بن الوليد - من التهذيب.

(٣) أخرجه الإمام محمد أيضاً في كتاب المضاربة من «الأصل». وأخرجه مالك أيضاً في الموطأ عن العلاء بن عبد الرحمن بن يعقوب عن أبيه عن جده أنه عمل في مال لعثمان بن عفان على أن أربح بينهما. قلت: معلوم منه أن واسطة جده سقطت ها. وجده يعقوب هو الذي عمل لسيده عثمان رضي الله عنه. وكذلك أخرجه البيهقي.

(٤) زيد بن حليدة البشكري ذكره ابن حبان في الثقات. وقال البخاري في تاريخه هو والد محمد. قال الشعبي: حدثني زيد بن حليدة أنه لقي هرم بن حبان المدني وابن مسعود رضي الله عنهما.

(٥) وأخرجه هو في آثاره أيضاً والإمام محمد أيضاً في المضاربة من «الأصل» وابن خمرؤ في مسنده من طريق الحسن بن زياد عنه مفصلاً.

باب السلم*

قال أبو يوسف: وإذا كان لرجل على رجل طعام أسلم إليه فيه فأخذ بعض طعامه وبعض رأس ماله، فإن أبا حنيفة عليه السلام كان يقول: هو جائز. بلغنا عن عبد الله بن عباس - رضي الله عنهما - أنه قال: ذلك المعروف الحسن الجميل^(١). وبه تأخذ^(٢). وكان ابن أبي ليلى يقول: إذا أخذ بعض رأس ماله فقد فسد السلم ويأخذ رأس ماله كله^(٣). قال: وإذا أسلم الرجل في اللحم، فإن أبا حنيفة عليه السلام كان يقول: لا خير فيه لأنه غير معروف. وبه تأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: لا بأس به. ثم رجع أبو يوسف إلى قول ابن أبي ليلى وقال: إذا بين مواضع اللحم فقال: ألتخاد وجنوب ونحو هذا. فهو جائز^(٤).

(١) أخرجه الإمام أبو يوسف في آثاره عن الإمام عن أبي عمر عن سعيد بن جبير عن ابن عباس أنه قال في الرجل يأخذ بعض سلمه ويأخذ بعض رأس ماله فقال: «لا بأس به ذلك المعروف الحسن الجميل». وأخرجه الإمام محمد في الآثار والحسن بن زياد في مسنده نحوه. وأخرجه ابن حنبل وأيضاً من طريق الحسن.

وأخرجه طائفة بالسند المذكور عن ابن عباس مرفوعاً «إذا أخذ الرجل بعض رأس المال وبعض سلمه فلا بأس به».

(٢) وهو قول محمد أيضاً - أفاده السرخسي في (ص ١٣٠ ح ١٢) من المسوط قال الإمام السرخسي: وحجتنا في ذلك أن أخذ رأس المال إقالة ولو أقاله في الكل جاز فكذلك إذا أقاله في البعض يجوز أيضاً كما في بيع العين.

(٣) قلت: وهو قول ابن عمر - رضي الله عنهما - كما ذكره السرخسي، واستدل هو بقوله عليه السلام «لا تأخذ إلا سلمك أو رأس مالك» وتأويل الحديث أن الشيء عن الشيء آخر سوى رأس المال والسلم فيه، وإنما يكون ذلك عند الاستدال أفاده السرخسي.

(٤) قال الإمام السرخسي في مسوطه (ج ١٢ ص ١٣٧): ولا خير في السلم في اللحم لأنه مختلف في قول أبي حنيفة، ولا بأس به في قول ابن أبي ليلى. وقال أبو يوسف ومحمد: إذا أسلم في موضع من معلوم رضى صفة معلومة فهو جائز. وقيل لا خلاف بينهما وبين أبي حنيفة فيما إذا أطلق السلم في اللحم وهما لا يجوزان ذلك، وجوابهما فيما إذا بين منه موضعاً، وأبو حنيفة يجوز ذلك.

والأصح أن الخلاف ثابت وأن عند أبي حنيفة لا يجوز السلم فيه وإن بين منه موضعاً معلوماً. وجه قولهما أنه موزون معلوم فيجوز السلم فيه كسائر الموزونات، وبيان الوصف أن الناس اعتادوا بيعه ورثاً ويجوز استقراضه وزناً ويحري فيه الرما بعلّة الوزن إلخ. ولأبي حنيفة طريقتان: أحدهما أن اللحم يشتمل على ما هو المقصود وعلى ما ليس بمقصود وهو العظم فيتفاوت ما هو المقصود بتفاوت ما ليس بمقصود منه، ألا ترى أنه تجري المماكسة بين البائع والمشتري في ذلك؟ فالمشتري يطالب بالرع والتائع بدسه فيه وهذا نوع من الجهالة والممارعات بينهما لا

* انظر: وسائل الأسلاف إلى مسائل الخلاف لسطح الجوري (ص ٤٩٩، ٥١٤) طبع دار الكتب العلمية. بيروت.

باب الشفعة *

قال أبو يوسف رحمته الله : إذا تزوجت امرأة علي شقص من دار، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: لا شفعة في ذلك لأحد. وبه يأخذ ^(١). وكان ابن أبي ليلى يقول: للشفعة الشفعة بالقيمة وتأخذ المرأة قيمة ذلك منه. وقال أبو حنيفة رحمته الله: كيف يكون ذلك وليس هذا شراء يكون فيه شفعة إنما هذا نكاح؟ أرايت لو طلقها قبل أن يدخل بها كم نشفيع منها، وم يأخذ بالقيمة أو بالمهر؟ وكذلك إذا اختلعت بشقص من دار في قولها جميعاً قال أبو يوسف: وإذا اشترى الرجل داراً وبني فيها بناء ثم جاء الشفيع يطلبها بالشفعة، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: يأخذ الشفيع الدار ويأخذ صاحب البناء القصد. وبه يأخذ ^(٢).

ترفع بيان الموضع وذكر الوزن بخلاف الثوى الذي في التمر والمتازعة لا تجري في نزع ذلك، وكذلك العظم الذي في الألية. وعلى هذا الطريق إذا أسلم في لحم منزوع العظم يحور عند أبي حنيفة وهو اختيار ابن شجاع، والطريق الآخر أن اللحم يشتمل على السمن والمحال، ومقاصد الناس في ذلك مختلفة، وذلك يحتلف باختلاف فصول السنة، وبقلة الكلاً وبكثرة الكلاً، والسلم لا يكون إلا مؤحلاً فلا يدري أعد حلول الحول على أي صفة تكون؟ وهذه الجهالة لا ترفع بذكر الوصف فكان السلم في اللحم بمنزلة السلم في الحيوان وبه فارق الاستقراض. فانقرض لا يكون إلا حالاً، وفي الحال صفة السمن والمحال معلومة، وبخلاف المشحم والألية فالتفاوت فيها من حيث القلة والكثرة، وبذكر الوزن يزول ذلك وعلى هذا الطريق مروع العظم (وغیره) سواء وهو الأصح.

- (١) وهو قول محمد أيضاً، والمسألة في باب المهور من كتاب النكاح من مبسوط السرخسي ج ٥ ص ٧٨ قال: وعندنا وجوب الشفعة يختص بمعاوضة مال بمال مطلق، والبصع ليس بمال مطلق فكان المملوك صداقاً بمنزلة الموهوب فلا تجب فيها الشفعة. وهذا لأن الشفيع إنما يملك بمثل السبب الذي به تملك المشتري، فإن الشرع قدم الشفيع على المشتري في إثبات حق الأخذ له بذلك السبب لا في إنشاء سبب آخر، ولهذا لا تجب الشفعة في الموهوب لأنه لو أخذه أخذه بعوض فكان سبباً آخر غير السبب الذي تملك به الممتلك، فكذلك هه المرأة إنما ملكت الدار بالنكاح صداقاً فهو أخذها الشفيع كان شراء فكان سبباً آخر، بخلاف ما إذا اشتراها بعيد فإن الشفيع يأخذها بمثل ذلك السبب لأن الشراء بقيمة العبد بمنزلة الشراء بعين العبد في أنه شراء مطلق.
- (٢) وبه يأخذ صاحبه.

* انظر: وسائل الأسلاف إلى مسائل الخلاف لسبط ابن الخوزي (ص ٥١٩، ٥٢٥) ط العنمية بيروت.

اختلاف أبي حنيفة وأبن أبي ليلى

وكان ابن أبي ليلى يجعل الدار والبناء للشفيع ويجعل عليه قيمة البناء وشن الدار الذي اشتراها به صاحب البناء وإلا فلا شفعة له^(١).
قال: وإذا اشترى الرجل أرضاً أو داراً، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: لصاحب الشفعة الشفعة حين علم، فإن طلب الشفعة وإلا فلا شفعة له. وبه تأخذ^(٢).
وكان ابن أبي ليلى يقول: هو بالخيار ثلاثة أيام بعد علمه.
قال: وإذا أخذ الرجل الدار بالشفعة من المشتري وبقده الثمن، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: العهدة على المشتري الذي أخذ المال. وبه تأخذ^(٣).
وكان ابن أبي ليلى يقول: العهدة على البائع لأن الشفعة وقعت يوم اشترى المشتري للشفيع.

قال: وإذا كانت الشفعة لليتيم، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: له الشفعة. فإن كان له وصي أخذها بالشفعة، وإن لم يكن له وصي كان على شفيعته إذا أدرك، فإن لم يطلب الوصي الشفعة بعد علمه فليس لليتيم شفيعته إذا أدرك، وكذلك الغلام إذا كان أبوه حياً.

(١) وفي المبسوط: وعلى قول ابن أبي ليلى يأخذ الشفيع الدار والبناء ويعطي الثمن وقيمة البناء إن شاء. وهو رواية عن أبي يوسف.

(٢) قلت: وهو قول محمد أيضاً. والمسألة في كتاب الشفعة من المبسوط (ج ١٤ ص ١١٦-١١٧) قال: واستدل علماؤنا في ذلك بقوله رحمته الله: «الشفعة لمن وشها».

في رواية: «الشفعة كشطية العفال إن أخذها نيت وإلا ذمته» إلخ. قال: وإذا علم الشفيع بالبائع فلم يطلب مكانه فلا شفعة له وفي هذا اللفظ إشارة إلى أن طلب الشفعة يتوقت بمحل علم الشفيع به وهو اختيار الكرخي.

وذكر ابن رستم في نوادره عن محمد أنه إذا سكت عن الطلب بعد ما علم بالبائع يبطل شفيعته، وعلى هذا عامة مشايخنا إلا أن هشاماً ذكر في نوادره أنه إذا سكت هنيئة ثم طلب فهو على شفيعته ما لم يتناول سكوته.

وكذلك إن قال كما سمع: سبحان الله، أو قال الله أكبر، أو قال: خلصني الله من فلان، ثم طلب الشفعة، فهو على شفيعته. وكذلك إذا قال: بكم باعها أو متى باعها أو متى اشتراها، هذا القدر من الكلام لا تبطل شفيعته، وهو على حقه إذا طلب.

وقال ابن أبي ليلى: إن طالت إلى ثلاثة أيام فله الشفعة. وقال سفيان: له مهلة يوم من حين سمع وقال شريك هو على شفيعته ما لم يبطلها صريحاً أو دلالة، بمسلة سائر الحقوق المستحقة له.

(٣) وهو قول محمد أيضاً. وهذه المسألة في كتاب الشفعة من مبسوط السرخسي (ج ١٤ ص ١٠١) قال: «وقال ابن أبي ليلى عهده على البائع في الوجهين حياً» أي أخذها من المشتري أو من البائع سواء عده في العهدة.

اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى

٤٠٩

وبه نأخذ^(١). وكان ابن أبي ليلى يقول: لا شفعة للصغير.

وقال أبو حنيفة رحمه الله: الشفعة للشريك الذي لم يقاسم، وهي معه للشريك الذي قاسم والطريق واحدة بينهما وهي معه للحجاز-الملاصق. وإذا اجتمع الجيران وكان التصاقهم سواء، فهم شركاء في الشفعة^(٢).

وكان ابن أبي ليلى يقول بقول أبي حنيفة حتى كتب أبو العباس أمير المؤمنين^(٣) يأمره أن لا يقضي بالشفعة إلا للشريك الذي لم يقاسم، فأخذ بذلك وكان لا يقضي إلا للشريك الذي لم يقاسم. وهذا قول أهل الحجاز. وكذلك بلغنا عن علي وابن عباس رضي الله عنهم.

قال: وإذا اشترى الرجل الدار وسمى أكثر مما أخذها به فسلم ذلك الشقيع ثم علم بعد ذلك أنه أخذها بدون ذلك، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: هو على شفعتها، لأنه إما سلم بأكثر من الثمن. وبه نأخذ^(٤).

وكان ابن أبي ليلى رحمه الله تعالى يقول: لا شفعة له لأنه قد سلم ورضي. أخبرنا الحسن بن عمار^(٥) عن الحكم^(٦) عن مجاهد^(٧) عن ابن عباس رضي الله

(١) قال السرخسي: وعلى قول محمد وزفر له الشفعة إذا أدرك، وهو قول ابن أبي ليلى. وقد بناها في الشفعة.

(٢) وهو قول صاحبه. والمسألة في ص ٩٤ ج ١٤ من المبسوط. قال: وهذا أي قول علي وابن عباس قول أهل المدينة وليس يأخذ به أهل الكوفة إلا أنه قد رجع إليه ابن أبي ليلى الخ وحين أخذنا بقول عمر.

(٣) هو عبد الله بن محمد بن علي بن عبد الله بن عباس أبو العباس الملقب بالسفاح الهاشمي العباسي أول خلفاء بني العباس بويع في سنة ١٣٢. ومات بالأنار سنة ١٣٦ بالحدري وله ٣٢ سنة. ومدة خلافته خمس سنين إلا ثلاثة أشهر - من دول الإسلام.

(٤) وهو قول صاحبه أيضاً. والمسألة في (ص ١٠٥) من شفعة المبسوط (ج ١٤) مبسوط مشروحة مثلاً.

(٥) الحسن بن عمار البجلي مولاهم الكوفي أبو محمد قاضي بغداد.

روى عن ابن أبي مليكة والحكم، وعنه السفينان والقطان وحلق.

روى له أبو داود وابن ماجه والبخاري تعليقا. مات سنة ١٥٣ هـ.

(٦) الحكم بن عتيبة بمثناة فوقية ثم تحتية مصغرا الكندي مولاهم، أبو محمد أو أبو عبد الله الكوفي، أحد الأعلام. روى عن أبي حنيفة وعبد الله بن شداد وأبي وائل وابن أبي ليلى وحلق، وعنه منصور والأعمش ومسلم وأبو حنيفة وشعبة وأبو عوانة وكثيرون. قال العجلي: ثقة ثبت، من فقهاء أصحاب إبراهيم صاحب سنة. مات سنة ١١٥ هـ عن خمس وستين سنة. قلت: روى له الستة وغيرهم.

(٧) مجاهد بن جبر بإسكان الموحدة مولى السائب أبو الحجاج المكي المقرئ الإمام المعسر.

عنهما وعن الحكم عن يحيى ^(١) عن علي عليه السلام أنهما قالوا: «لا شفعة إلا لشريك لم يقاسم» ^(٢).

أخبرنا الحجاج بن أرطاة ^(٣)، عن عمرو بن شعيب ^(٤)، عن عمرو بن الشريد ^(٥) عن أبيه قال: قال رسول الله ﷺ «الجار أحق بسقيه ما كان» ^(٦).

روى عن ابن عباس وأبي هريرة وجابر وعائشة، وقيل لم يسمع منها. وعنه عكرمة وعطاء وقتادة والحكم وأيوب وخلق، وثقه ابن معين، وأبو زرعة، مات مكة سنة اثنين أو ثلاث ومائة وهو ساجد.

ومولده سنة ٢١ هـ. قلت: هو من رواية الصحاح والسنن وغيرها من الكتب. ^(١) هو يحيى بن الحرار العربي الكوفي، لقبه زيان. روى عن علي وأبي بن كعب وابن عباس والحسن بن علي وعائشة وأم سلمة ومسروق وابن أبي ليلى وابن أخي زينب الثقفية. وعنه الحكم وحبيب بن أبي ثابت وعمرو بن مرة وموسى ابن أبي عائشة وغيرهم. وروى له الأربعة ومسلم. قال الحورجاني: كان عالماً مفرطاً. وقال أبو زرعة والنسائي وأبو حاتم: ثقة، وذكره ابن حبان في الثقات. من التهذيب.

^(٢) وأخرجه الإمام محمد أيضاً في كتاب الشفعة من «الأصل».

^(٣) حجاج بن أرطاة أبو أرطاة النخعي الكوفي، قاضي البصرة أحد الأعلام. روى عن يحيى بن أبي كثير ولم يسمع منه والشعبي وعطاء وعكرمة. وعنه مصور شيخه وشعبة وعبد الرزاق. قلت: وأبو يوسف وخلق.

قلت: روى له الخمسة والبخاري في الأدب.

قال أبو حاتم: إذا قال حدثنا فهو صالح لا نرتاب في حفظه وصدقه. مات سنة ١٤٧ - من الخلاصة.

^(٤) هو عمرو بن شعيب بن عماد بن عبد الله بن عمرو بن العاص السهمي، أبو إبراهيم المدني، بريل الطائف.

روى عن أبيه عن جده وطاوس وعن الربيع بن معوذ وطائفة، وعنه عمرو بن دينار وقتادة والزهري وأيوب وخلق.

قال القطان: إذا روى عن الثقات فهو ثقة يحتاج به. أخرج له الأربعة والبخاري في جزء قراءته. مات سنة ١١٨ - خلاصة.

^(٥) هو عمرو بن الشريد بن سويد الثقفي أبو الوليد الطائفي.

روى عن أبيه وأبي رافع، وعنه إبراهيم بن ميسرة وبكير بن الأشج، وثقه المعلى.

روى له الخمسة والترمذي في الشمائل. قلت: وشريد بن سويد الثقفي شهد بيعة الرضوان، له أحاديث، انرد له مسلم يحدِيثين. روى عنه ابنه عمرو وأبو سلمة بن عبد الرحمن - من الخلاصة.

^(٦) أخرجه النسائي وابن ماجه والطحاوي عن حسين المعلم عن عمرو بن شعيب عن عمرو بن

أخبرنا أبو حنيفة عن أبي أمية ^(١) عن المصور بن مخزومة أو عن سعد بن مالك رضي الله عنهم قال: قال رسول الله ﷺ: «الجار أحق بسقبة» ^(٢).

الشريد عن أبيه، ولفظه أن رجلاً قال: يا رسول الله أُرصى ليس لأحد فيها شرك ولا قسم إلا للجار. فقال: «الجار أحق بسقبة ما كان»

وأخرجه البخاري عن عمرو بن الشريد عن أبي رافع.

(١) هو عبد الكريم بن قيس أبو المحارق أبو أمية البصري المعلم. روى عن أنس وعمر بن سعد ابن العاص وطاوس وحسان بن بلال وحيان بن جزء وعبد الله بن الحارث ونافع وأبي الزبير المكي، وعنه عطاء ومجاهد وهما من شيوخه ومحمد بن إسحاق وابن جريح وأبو حنيفة وابن أبي ليلى ومالك وحمام بن سلمة والثوري وإسرائيل وشريك وابن عبيدة. روى له البخاري تعليقاً ومسلم متابعاً والترمذي والنسائي وابن ماجه وأبو داود في مسائل أحمد، ضعفه. مات سنة ١٢٦.

(٢) قلت: وأخرجه الإمام أبو يوسف في آثاره أيضاً عن الإمام عن عبد الكريم عن المصور عن أبي رافع وأخرجه الإمام محمد في كتاب الشعبة من «الأصل» وفي كتاب «الحجة» وفي كتاب «الآثار» أيضاً. وفيه عن رافع، وأخرجه الحسن بن زياد أيضاً عنه في مسنده.

وأخرجه أبو محمد الحارثي في مسنده عن الإمام بطرق كثيرة وبين صوابها من خطئها وأخرجه الكلاعي من طريق الوهبي وطلحة بن عمد والقاضي أبو بكر بن خسرو في مسابدهم عنه.

قلت: وأخرجه البخاري عن عمرو بن الشريد عن أبي رافع، وكذلك الطحاوي عن ابن عينة عن إبراهيم بن ميسرة عن عمرو بن الشريد قال: أتاني المصور بن مخزومة موضع يده على أحد منكبي فقال: انطلق بنا إلى سعد، فأنتها سعد ابن أبي وقاص في داره فحاء أبو رافع فقال للمصور: ألا تأمر هذا أن يشتري مني بيتين في داره؟ فقال سعد: والله لا أزيدك على أربعمائة دينار مقطعة أو منحة. فقال: سبحان الله! لقد أعطيت هما خمسمائة دينار نقداً، ولولا أني سمعت رسول الله ﷺ يقول: «الجار أحق بسقبة» ما بعثك.

قلت: واختلف فيه على الإمام والصحيح ما أخرجه أبو يوسف، ومن أخرج مثله، بين ذلك الحارثي. ورافع مولى سعد، ورافع بن خديج وهم. والسقب: القرب، والصاد لغة، وهما مصدران: سقت الدار، وصفت. والصاب: القريب.

ومعنى الحديث: الجار أحق بسقبة: أي أن الجار أحق بالشقبة إذا كان جاراً ملاصقاً. والباء من صلة أحق لا للتسبيح - كذا في المعرب *.

* رواه النسائي (٣٢٠/٧)، والشافعي في مسنده (ص ١٨٢)، وابن الجارود في المستقى (ص ١٦٢)، والترمذي (٦٥٢/٣)، والبخاري (٧٨٧/٢)، والطحاوي في شرح معاني الآثار (١٢٤/٤)، والبيهقي (١٠٥/٦)، والدارقطني (٢٢٢/٤)، وأبو داود (٢٨٦/٣)، وابن ماجه (٨٣٣/٢)، وابن حبان (٥٨٣/١١)، وابن أبي شيبة في المصنف (٦٥٢/٤).

باب المزارعة *

قال أبو يوسف رحمه الله: وإذا أعطى الرجل الرجل أرضاً مزارعة بالنصف أو الثلث أو الربع أو أعطى نخلاً أو شجرةً معاملة بالنصف، أو أقل من ذلك أو أكثر، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: هذا كله باطل^(١) لأنه استأجره بشيء مجهول.

يقول: أرأيت لو لم يخرج من ذلك شيء أليس كان عمله ذلك بغير أجر؟ وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول: ذلك كله جائز، بلغنا عن رسول الله ﷺ أنه أعطى خبيراً بالنصف وكانت كذلك حتى قبض، وخلافة أبي بكر رضي الله عنه، وعامة خلافة عمر رضي الله عنه. وبه نأخذ.

وإنما قياس هذا عندنا مع الأثر، ألا ترى أن الرجل يعطي الرجل مالا مضاربة بالنصف، ولا بأس بذلك؟ وقد بلغنا عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وعن عبد الله بن مسعود وعن عثمان بن عفان رضي الله عنهما أنهم أعطوا مالا مضاربة^(٢). وبلغنا عن سعد بن أبي وقاص، وعن ابن مسعود رضي الله عنهما أنهما كانا يعطيان أرضهما بالربع

(١) وحجة الإمام حديث جابر «نهي عن المخاربة والمحاولة والمرابنة». أخرجه مسلم وحديث رافع بن خديج عند مسلم وغيره***.

وحديث ثابت بن الضحاك «أن رسول الله ﷺ نهى عن المزارعة وأمر بالمواجرة وقال: لا بأس بها» أخرجه مسلم***.

والمخاربة هي المزارعة ومن شاء زيادة الاطلاع فليراجع مبسوط السرخسي، فإنه أكثر في هذا الباب وجاء فيه بما لا مريد عليه.

وأخرج أحاديث الباب وأصحاب السنن، والبيهقي واستوعبها****.

(٢) قلت: أخرجه الشيخان والترمذي وابن ماجه من حديث ابن عمر، والطحاوي من حديث ابن عمر وابن عباس وحابر رضي الله عنهم، والبيهقي من حديث ابن عمر وابن عباس وأنس رضي الله عنهم.

(٣) وقد مر ما روي عنهم مع تخريج الآثار.

* انظر: المبسوط للسرخسي (٨٣/٢٣)، وبدائع الصنائع (١٨٠/٦).

** رواه مسلم (١١٧٤/٣، ١١٧٧، ١١٨٤)، والنسائي (٣٧/٧، ٤٨، ٢٦٣، ٢٧٠)، والشافعي في مسنده (ص ١٤٥).

*** رواه مسلم (١١٨٣/٣، ١١٨٤)، والدارمي (٣٥٠/٢).

**** انظر: الدراية في تخريج أحاديث الهداية للحافظ (٢٠٥/٢)، وتلخيص الحبير له (٥٩/٣)، وصب الراية للربيعي (١٨٠/٤).

(١) أخرج الطحاوي [١١٤ / ٤] ، عن موسى بن طلحة، قال: أقطع عثمان رضي الله عنه نفرًا من أصحاب النبي ﷺ عبد الله بن مسعود، والزبير بن العوام، وسعد بن مالك، وأسامة، فكان جاري منهم سعد بن مالك وابن مسعود يدفعان أرضهما بالثلث والربيع. وفي رواية عنه: أقطع عبد الله أرضًا. وأقطع سعدًا أرضًا وأقطع خبابًا. أرضًا وأقطع صهيًا أرضًا فكلًا جاري كانا يزرعان بالثلث والربيع. وأخرج عن عمر بن عبد العزيز أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه بعث يعلى بن مية إلى اليمن فأمره أن يعطيهم الأرض البيضاء على أنه إن كان البقر والدر والحديد من عمر فله الثلثان ولهم الثلث، وإن كان البقر والبذر والحديد منهم فللعمر الشطر ولهم الشطر، وأمره أن يعطيهم النخل والكرم على أن لعمر ثلثين ولهم الثلث. وأخرج عن أبي جعفر محمد بن علي أنه قال: كان أبو بكر الصديق رضي الله عنه يعطي الأرض على الشطر.

* انظر: الاستخراج لأحكام الخراج لابن رجب الحنبلي (ص ٤٠، ١٣١، ١٣٣)، ورواه عبد الرزاق في المصنف (٩٩/٨).

** انظر: الاستخراج (ص ١٢٩).

*** رواه ابن أبي شعبة في المصنف (٤٧٢/٦).

باب الدعوى والصلح *

قال أبو يوسف رحمته الله: وإذا ادعى الرجل الدعوى قل رجل في دار أو دين أو غير ذلك فأنكر ذلك المدعي عليه الدعوى ثم صالحه من الدعوى وهو منكر لذلك، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول في هذا جائز. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى لا يحيز الصلح على الإنكار. وكان أبو حنيفة يقول: كيف لا يجوز هذا وأجوز ما يكون الصلح على الإنكار؟ وإذا وقع الإقرار لم يقع الصلح.

قال: وإذا صالح الرجل الطالب عن المطلوب والمطلوب متغيب، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: الصلح جائز. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: الصلح مردود لأن المطلوب متغيب عن الطالب. وكذلك لو أقر عنه ديناً عليه وهو متغيب كان قولهما جميعاً على ما وصفت لك.

قال: وإذا صالح الرجل الرجل ^(١) أو باع بيعاً أو أقر بدين فأقام البينة أن الطالب أكرهه على ذلك، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: ذلك كله جائز ولا أقبل منه بينة أنه أكرهه ^(٢). وبه نأخذ ^(٣). وكان ابن أبي ليلى يقول: أقبل البينة على الإكراه وأرد ذلك عليه. وقال أبو يوسف ^(٤): إذا كان الإكراه في موضع أبطل فيه الدم قبلت البينة على الإكراه. وتفسير ذلك أن رجلاً لو شهر على رجل سيفاً فقال: لتقرن أو لأقتلنك فقال: أقبل منه البينة على الإكراه وأبطل عنه ذلك الإقرار.

(١) زاد السرخسي: عن صلح

(٢) وفي نسخة السرخسي: البينة بأنه أكرهه

(٣) كذا في الأصل والظاهر أنه من سهو الناسخ لأن قول أبي يوسف يأتي بعد، أو اتفق هو معه في صورة واحدة كما بينه السرخسي، واختلف في أخرى فبينه بقوله: وقال أبو يوسف إلخ.

(٤) وفي المسوط: وقال أبو يوسف ومحمد إلخ. قال وهذه تسني على ما بينا في كتاب الإكراه أن عند أبي حنيفة الإكراه إنما يتحقق من السلطان وإكراه الرعية ليس بإكراه. وعندهما يتحقق الإكراه متى يكون قادراً على إيقاع ما هدد به، سلطاناً كان أو غيره، فيقولان الثابت بالبينة بالمعانة ولو غائباً، أو أكره من عامله على ذلك، لم يمتنع نفوذه عند أبي حنيفة وعندهما يمتنع نفوذه وكذلك إذا ثبت بالبينة إلا أن عندهما إنما تقبل البينة على هذا إذا كان في موضعه بأن يتصور الإكراه من مثله له، وعند ابن أبي ليلى تقبل بينته على ذلك على كل حال لأنه أثبت النسب المطل للعقد وللدم بصفة اللزوم بالبينة، والثابت بالبينة كالثابت باتفاق الخصم. ولو ساعده الخصم على ذلك بطل الصلح والبيع، فكذلك إذا ثبت بالبينة.

قال: وإذا اختصم الرحلان إلى القاضي فأقر أحدهما بحق صاحبه بعد ما قاما من عند القاضي وقامت عليه بذلك بينة وهو يحدد ذلك، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: ذلك جائز. وبه نأخذ ^(١).

وكان ابن أبي ليلى يقول: لا إقرار لمن خصم إلا عندي، ولا صلح لهما إلا عندي قال: وإذا اصطاح الرحلان على حكم يحكم بينهما بقضي بينهما نقضاء مخالف لرأي القاضي فارتعنا إلى ذلك القاضي، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: بنعي لذلك القاضي أن يطل حكمه ويستقبل الحكم بينهما. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: حكمه عليهما جائز.

(١) وهذا متفق عليه عند علمائنا - أفاده السرخسي.

باب الصدقة والهبة *

قال أبو يوسف رحمه الله: وإذا وهبت المرأة لزوجها هبة أو تصدقت أو تركت له من مهرها ثم قالت: أكرهني وجاءت على ذلك سينة، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: لا أقبل بيتها وأمضي عليها ما فعلت من ذلك. وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول: أقبل بيتها على ذلك وأبطل ما صنعت ^(١).

قال: وإذا وهب الرجل هبة وقضها الموهوب له وهي دار مباهة بناء وأعظم الفقة، أو كانت جارية صغيرة فأصلحها أو وضعها حتى شبت وأدركت، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: لا يرجع الواهب في شيء من ذلك ولا في كل هبة زادت عند صاحبها حبراً، ألا ترى أنه قد حدث فيها في ملك الموهوبة له شيء لم يكن في ملك الواهب؟ أرايت إن ولدت الجارية ولداً كان للواهب أن يرجع فيه ولم يهبه له ولم يملكه قط؟ وهذا نأخذ ^(٢). وكان ابن أبي ليلى يقول: له أن يرجع في ذلك كله وفي الولد.

قال: وإذا وهب الرجل جارية لابنه، وابنه كبير وهو في عياله، فإن أبا حنيفة رحمه الله

(١) قلت: روى الإمام محمد في «الأصل» عن علي رحمه الله قال: إذا وهبت المرأة لزوجها هبة فإن شاءت رجعت فيها إذا هي ادعت أنه استكرهها، وإن وهب هو لها شيئاً فليس له أن يرجع في الهبة. قال السرخسي في ابتداء كتاب الهبة من مسوطة بعدما نقل هذا الأثر: وليس مراده الفرق بينهما في الرجوع بحكم الزوجية وإنما مراده أن الدعوى من المرأة - أنها كانت مكروهة - مسموعة. ومن الزوج لا، لاعتبار الظاهر. فالظاهر أن الزوج يتمكن من إكراه زوجته، والمرأة لا تتمكن من إكراه زوجها. والظاهر أن المرأة تخاف على نفسها من جهة الزوج بما يثبت به الإكراه من الصرب والخيس والزوج لا يحاف ذلك من جهة امرأته، وفيه دليل أن الهبة من المكروه لا تصح لأن شرط صحة الهبة تمام الرضا والإكراه يعدل الرضا. قلت: وهذا دليل ابن أبي ليلى ولم يبيح دليل الإمام وصاحبيه ولا مذهبيهم.

(٢) وهي متفق عليها بين علمائنا وهي مذكورة في المسوطة في كتاب الهبة (ج ١٢ ص ٨٣) قال: وهذا إذا كان ما بنى بحيث يعد زيادة، فإن كان لا يعد زيادة كالآري أو يعد نقصاً كالنور في الكاشانة فإنه لا يمنع الرجوع لانعدام المانع وهو زيادة مالية الموهوب بزيادة في عيه. وفي المغرب: الآري هو المعلق عند العامة، وهو مراد الفقهاء. وتستعار الآري بالمكان لما يتعد في الحوائث من تلك الأحياء للحبوب غيرها كما يستعار بحياض الماء في الحمام. والكاشانة: الطرز وقيل: بيت الصيف بالفارسية كالقبطون الصيفي عندها.

كان يقول: لا تجوز إلا أن يقصص. وبه تأخذ^(١). وكان ابن أبي ليلى يقول: إذا كان سهم في عيال أبيه وإن كان قد أدرك فهذه الهبة جائزة. وكذلك الرجل إذا وهب لأميرته. قال: وإذا وهب الرجل داراً لرجلين أو متاعاً وذلك المتاع مما يقاسم فقضاء جميعاً، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: لا تجوز تلك الهبة إلا أن يقسم لكل واحد منها حصته، وكان ابن أبي ليلى يقول: الهبة جائزة. وبه تأخذ^(٢). وإذا وهب اثنان لواحد ورفض فهو جائز. وقال أبو يوسف: هما سواء.

قال: وإذا كانت الدار لرجلين فوهب أحدهما حصته لصاحبه ولم يقسمه له، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: الهبة في هذا باطلة ولا تحوز. وبه تأخذ^(٣).

ومن حجته في ذلك أنه قال: لا تجوز الهبة إلا مقسومة معلومة مقبوضة. بلغنا عن أبي بكر رحمه الله «أنه نحل»^(٤) عائشة أم المؤمنين رضي الله عنها جذاذ عشرين وسقا^(٥) من نخل له بالعالية^(٦) فلما حضره الموت قال لعائشة: إنك لم تكوني قبضته وإنما هو مال الوارث^(٧).

(١) وهو قول محمد أيضاً. والمسألة في (ص ٥١ ح ١٢) في كتاب الهبة من المبسوط. واستدل فقال: لأنه لا بد من نوع ولاية له ليجعل قبضه بذلك كقبض الموهوب له ولا ولاية له عليهم بعد البلوغ وإن كان يعولهم، ألا ترى أن العي يعول بعض المساكين فينفق عليهم ثم لو تصدك عنهم لا يتم ذلك إلا بالإعلام ما لم يسلمه إليه؟ وذكرت المسألة في (ص ٦١) أيضاً من هذا المجلد.

(٢) وهو قول محمد أيضاً. والمسألة في (ص ٦٧ ح ١٢) من المبسوط.

(٣) والمسألة متفق عليها وهي في (ص ٦٩ ح ١٢) من المبسوط.

(٤) في المغرب: نحله كذا: أي أعطاه بطيبة من نفسه من غير عوض. ومنه حديث أبي بكر رحمه الله أنه نحل عائشة رضي الله عنها الخ والنخل والحلة: العطية.

(٥) الجذاذ بضم الجيم وبكسرها وبمعجمتين وبمهملتين: ما قطع من الشيء. قال الرقائي: هو صفة لشجر من جذ إذا قطع. يعني أن ذلك يحد منها.

وقال الأصمعي: هذه أرض جاد مائة وسق أي يحد ذلك منها. فهو صفة النخل التي وهبها شرتها، يريد نخلها يحد منها عشرون وسقا، والوسق ستون صاعاً.

(٦) قال المولى علي القاري: أي بقرية من العوالي حول المدينة.

(٧) قلت: أخرجه الإمام محمد في «الأصل» والإمام مالك في «الموطأ» عن الزهري عن عروة عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: إن أبا بكر كان نحلها جذاذ عشرين وسقا من ماله بالعالية، فلما حضرته الوفاة قال: والله يا بنية ما من البس أحب إلي غنى بعدني منك، ولا أعر عني فقر منك، وإن كنت نحللتك من مالي جذاذ عشرين وسقا، فلو كنت حلدته واحتزته كان لك، فبما اليوم مال وارث، وإنما هم أحوالك وأختاك فاقسموه على كتاب الله. قالت: يا أبت والله لو كان كذا وكذا لتركته إنما هي أسماء فمن الأخرى؟ قال: ذو بطن حارجة أراها جارية، فولدت جارية.

اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى

فصار بين الورثة لأنها لم تكن قبضته. وكان إبراهيم يقول: لا تجوز الهبة إلا مقبوضة. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: وإذا كانت الدار بين رجلين وهب أحدهما لصاحبه نصيبه فهذا قبض منه للهبة، وهذه معلومة وهذه جائزة. وإذا وهب الرحلان داراً لرجل فقبضها فهو جائز في قول أبي حنيفة رحمه الله، ولا يفسد الهبة أنها كانت لاثنتين. وبه نأخذ.

قال: وإذا وهب الرجل للرجل الهبة وقبضها داراً أو أرضاً ثم عوضه بعد ذلك منها عوضاً وقبض الواهب، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: ذلك حائز ولا يكون فيه شفعة. وبه نأخذ ^(١). وليس هذا بمنزلة الشراء. وكان ابن أبي ليلى يقول: هذا بمنزلة الشراء ويأخذ الشفيع بالشفعة بقيمة العوض. ولا يستطيع الواهب أن يرجع في الهبة بعد العوض في قولهما جميعاً.

قال: وإذا وهب الرجل للرجل هبة في مرضه فلم يقبضها الموهوبة له حتى مات الواهب، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: الهبة في هذا باطلة لا تجوز. وبه نأخذ. قال: ولا تكون له وصية إلا أن يكون ذلك في ذكر وصيته ^(٢). وكان ابن أبي ليلى يقول: هي جائزة من الثلث. حدثنا الحجاج بن أرطاة عن عطاء بن أبي رباح ^(٣) عن ابن عباس رضي الله

كذلك أخرجه الطحاوي، وقال فيه: بالعابة. وأخرجه عن حفص بن غياث عن الأعمش عن شقيق عن مسروق: كان أبو بكر الصديق قد أعطى عائشة نحلة، فلما مرض قال لها: اجعليه في الميراث. وأخرجه البيهقي من طريق مالك ويونس بن يزيد بسند الموطأ والطحاوي ولقطهما، ومن طريق عبد الله بن عمر عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه عن عائشة، ومن طريق حنظلة بن أبي سفيان عن القاسم عن عائشة رضي الله عنها. *

(١) وهو قول محمد أيضاً. والمسألة في باب الشفعة في الهبة من المجلد (١٤) من المبسوط.

(٢) والمسألة متفق عليها عند أصحابنا وهي في ص ١٠٢ من المجلد ١٢ من المبسوط.

(٣) عطاء بن أبي رباح القرشي مولاهم الجدي السامي نزيل مكة، أحد الفقهاء والأئمة. روى عن عثمان وعتاب بن أسيد ومرسل، وعن أسامة وعائشة وأبي هريرة وأم سلمة وعروة وطائفة. وعنه أيوب وحبيب وجعفر بن محمد وحرير وابن جريح. كان ثقة، عالماً، كثير الحديث، انتهت إليه الفتوى بمكة. وهو من رواية السنة. مات سنة ١١٤.

* رواه الطحاوي في شرح معاني الآثار (٨٨/٤)، ومختصر اختلاف العلماء (٤/٢٩٢، ٤٥٢، والبيهقي في الكبرى (١٦٩/٦).

عنه قال: «لا تجوز الصدقة إلا مقبوضة» «أحدثنا الأعمش» عن إبراهيم قال: «الصدقة إذا علمت جازت، والهبة لا تجوز إلا مقبوضة»^(١). وكان أبو حنيفة يجيز يأخذ بقول ابن عباس رضي الله عنهما في الصدقة. وهو قول أبي يوسف رحمه الله.

(١) قال البيهقي: وروى عن عثمان وابن عمر وابن عباس أنهم قالوا: لا تحوز الصدقة حتى تقبض. وعن معاذ وشريح أنهما كانا لا يحيزانها حتى تقبض. وأخرج عن يحيى بن يعمر عن أبي موسى عن عمر «الإنحال ميراث ما لم يقبض» وحديث أبي بكر في نحلة النمر يدل على ذلك. (٢) هو سليمان بن مهران أبو محمد الكاهلي مولاهم الكوفي، أحد الأعلام الحفاظ والقراء. رأى أسنًا، وروى عن ابن أبي أوفى وعكرمة وزيد بن وهب وأبي وائل وإبراهيم النخعي والتميمي والشعبي وخلق. وعنه أبو إسحاق والحكم من شيوخه وسليمان التيمي من أقرانه وسفيان وشعبة ورواية ووكيع وخلق. مات سنة ١٤٨ هـ عن أربع وثمانين سنة. قلت: هو من رواية السنة والأئمة الحفاظ العدول.

(٣) إبراهيم بن يزيد بن فليس بن الأسود النخعي أبو عمران الكوفي الفقيه، يرسل كثيرًا، وروى عن علقمة والأسود وهمام بن الحارث وأبي عبيدة بن عبد الله ومسروق وأبي وائل وعائشة أم المؤمنين. وقيل مرسل عنه. وعنه الحكم ومصور والأعمش وابن عون وزيد وحماد وخلق. وروى له السنة. كان لا يتكلم إلا إذا سئل. قال المغيرة: كنا نهابه كما يهاب الأمير، كان يتوقى الشهرة ولا يجلس إلى الأسطوانة قال ابن معين: مراسيل إبراهيم أحب إلي من مراسيل النخعي. قال ابن عبد البر: «كل من عرف أنه لا يأخذ إلا عن ثقة فتدليسه ومرسله مقبول، فمراسيل سعيد بن المسيب ومحمد بن سيرين وإبراهيم النخعي عندهم صحاح» وذكر بعد ذلك كلام إبراهيم النخعي الذي أخرجه الترمذي في العلل من جامعه وهو أن الأعمش قال: «قلت لإبراهيم النخعي أسد لي عن عبد الله بن مسعود، فقال إبراهيم: إذا حدثك عن رجل عن عبد الله بن مسعود، وإذا قلت قال عبد الله فهو عن غير واحد عن عبد الله. ثم قال ابن عبد البر: إلى هذا نزع من أصحابنا من زعم أن مرسل الإمام (يعني مالكًا) أولى من مسنده لأن في هذا الخسر ما يدل على أن مراسيل النخعي أقوى من مسانيد، وهو لعمرى كذلك إلا أن إبراهيم ليس بمعتبر على غيره» نقله ابن رجب في شرح علل الترمذي. قال الشعبي: ما ترك إبراهيم بعده أعظم منه. مات سنة ٩٦ وقيل ٩٥ وولد سنة ٥٠ وقيل ٤٧ هـ.

(٤) وأخرجه في الآثار عن الإمام عن حماد عن إبراهيم وعن الإمام عن الهيثم عن شريح مثله.

باب في الودیعة *

قال أبو يوسف رحمته الله: وإذا استودع الرجل رجلاً ودیعة فقال المستودع: أمرتني أن أدفعها إلى فلان فدفعتها إليه، [وقال رب الودیعة: كذبت لم أمرک] ^(١) قال أبو حنيفة رحمته الله: فالقول ^(٢) قول رب الودیعة، والمستودع ضامن. وهذا تأخذ ^(٣). وكان ابن أبي ليلى يقول: القول قول المستودع ولا ضمان عليه وعليه اليمين.

قال: وإذا استودع الرجل الرجل ودیعة فجاء آخر يدعيها معه، فقال المستودع: لا أدري أيكما استودعني هذه الودیعة؟ وأبی أن يحلف لهما وليس لواحد منهما بينة، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: يعطيهما تلك الودیعة بينهما نصفين ويضمن لهما أخرى مثلها بينهما، لأنه أنلف ما استودع بجهالته ^(٤) ألا ترى أنه لو قال: هذا استودعنيها ثم قال: أخطأت مل هو هذا كان عليه أن يدفع الودیعة إلى الذي أقر له بها أولاً ويضمن للآخر مثل ذلك ^(٥)؟ لأن قوله أنلفه، وكذلك الأول إنما أنلفه هو بجهله. وهذا تأخذ ^(٦). وكان ابن أبي ليلى يقول في الأول: ليس عليه شيء والودیعة والمضاربة بينهما نصفان ^(٧).

قال: وإذا استودع الرجل ودیعة فاستودعها المستودع غيره [في غير عياله] ^(٨) فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: هو ضامن لأنه حالف وهذا تأخذ ^(٩). وكان ابن أبي ليلى يقول: لا ضمان عليه.

(١) زيادة من كتاب الودیعة من «الأصل».

(٢) وفي بعض نسخ «الأصل» في كتاب الودیعة: فإن أبا حنيفة كان يقول القول، والباقي سواء.

(٣) وفي بعض نسخ «الأصل» وبه يأخذ أبو يوسف ومحمد.

(٤) وفي نسخة بجهله.

(٥) وفي نسخة مثلها.

(٦) وفي نسخة «الأصل» وبه أخذ أبو يوسف ومحمد.

(٧) كذا في الأصل. وفي بعض نسخ كتاب الودیعة من «الأصل»: والودیعة بينهما، وهو الصواب، فلعل لفظ المضاربة أدرجه الناسخ سهواً.

(٨) زيادة من «الأصل»

(٩) وفي بعض نسخ كتاب الودیعة: وبه أخذ أبو يوسف ومحمد ورواد بعده: وقال أبو حنيفة: لا يضمن الآخر إن هلك الودیعة عنده. وقال أبو يوسف ومحمد: لرب الودیعة أن يضمن الآخر، فإن ضمنه يرجع على الأول، وإن ضمن الأول لم يرجع على الآخر.

قال: وإذا مات الرجل وعليه دين معروف وقبلة وديعة^(١) بغير عينها، فإن أبا حنيفة عليه السلام كان يقول: جميع ما ترك بين الغرماء وصاحب الوديعة بالخصص. وهذا مأخذ^(٢). وكان ابن أبي ليلى يقول: هو للغرماء وليس لصاحب الوديعة شيء لأن الوديعة شيء مجهول ليس بشيء بعينه^(٣). وقال أبو حنيفة: فإن كانت الوديعة بعينها فهي لصاحب الوديعة إذا علم ذلك، وكذلك قال ابن أبي ليلى. حدثنا أبو حنيفة عن حماد^(٤) عن إبراهيم أنه قال في الرجل يموت وعنده الوديعة وعليه دين: إنهم يتحصون الغرماء وأصحاب الوديعة^(٥). حدثنا الحجاج بن أرطاة عن أبي جعفر^(٦)، وعطاء مثل ذلك. حدثنا الحجاج عن الحكم عن إبراهيم مثله.

(١) وفي نسخة «الأصل» وعنده وديعة.

(٢) وبه يأخذ أبو يوسف ومحمد - «الأصل».

(٣) وفي بعض نسخ كتاب الوديعة: لأن الوديعة مجهولة وليست بشيء بعينه.

(٤) هو حماد بن أبي سليمان مسلم الأشعري، أبو إسماعيل الكوفي الفقيه، روى عن أنس وأبي وائل وإبراهيم النخعي وحلق. وعنه ابنه إسماعيل ومغيرة وأبو حنيفة ومسلم وشعبة، وتفقهوا به. روى له الخمسة، والمخاري علق له قوله، وأخرج عنه في الأدب. وثقه السامي وغيره. مات سنة ١٢٥.

(٥) وأخرجه في الآثار أيضاً [ص ١٦٠] ولفظه أنه قال في المضاربة والوديعة والدين سواء في مال الميت يتحصون جميعاً. وأخرجه الإمام محمد أيضاً في آثاره وزاد في آخره: إذا لم تعرفا بأعينهما المضاربة والوديعة. قال: وبه نأخذ، وهو قول أبي حنيفة.

(٦) هو محمد بن علي بن الحسين بن علي بن أبي طالب الإمام المشهور بالباقر أبو جعفر الخنسي الملقب. روى عن أبيه وأبي سعيد وجابر وابن عمر وطائفة. وعنه جعفر والزهري ومحول بن راشد وحلق. وروى له الستة. قال ابن سعد: ثقة كثير الحديث. توفي سنة ١١٤.

باب في الرهن *

قال أبو يوسف: ولو ارتهن الرجل رهنًا فوضعه على يدي عدل برضا صاحبه فهلك من عند العدل وقيمته والدين سواء، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: الرهن بما فيه وقد بطل الدين. وبه تأخذ^(١). وكان ابن أبي ليلى يقول: الدين على الراهن كما هو والرهن من ماله لأنه لم يكن في يدي المرتهن إما كان موضوعًا على يدي غيره.

قال: وإذا مات الراهن وعليه دين والرهن على يدي عدل، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: المرتهن أحق بهذا الرهن من الغرماء. وبه تأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: الرهن بين الغرماء والمرتهن بالخصص على قدر أموالهم^(٢). وإذا كان الرهن في يدي المرتهن فهو أحق به من الغرماء وقولهما جميعًا فيه واحد.

قال: وإذا رهن الرجل الرجل دارًا ثم استحق منها شقص وقد قبضها المرتهن، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: الرهن باطل لا يجوز. وهذا تأخذ^(٣) حنطلي عنه في كل رهن فاسد وقع فاسدًا فصاحب المال أحق به حتى يستوفي ماله يباع لدينه. وكان ابن أبي ليلى يقول: ما بقي من الدار فهو رهن بالحق. وقال أبو حنيفة رحمته الله: وكيف يكون ذلك وإنما كان رهته نصيبًا غير مقسوم؟

قال: وإذا وضع الرجل الرهن على يدي عدل وسلطه على بيعه عند محل الأجل ثم مات الراهن، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: للعدل أن يبيع الرهن، ولو كان موت الراهن يبطل بيعه لأبطل الرهن. وبه تأخذ^(٤). وكان ابن أبي ليلى يقول: ليس له أن يبيع وقد بطل الرهن وصار بين الغرماء، وللمسلط أن يبيعه في مرض الراهن ويكون للمرتهن خاصة في قياس قوله.

قال: وإذا ارتهن الرجل دارًا ثم أجزها بإذن الراهن، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول:

(١) والمسألة متفق عليها، وهي في كتاب الرهن (ص ٧٧ ج ٢١) من مبسوط السرخسي.

(٢) والمسألة في (ص ٧٨ ج ٢١) من مبسوط السرخسي.

(٣) والمسألة متفق عليها بين أصحابنا وهي في (ص ٧١ ج ٢١) من المبسوط.

(٤) وهو قول محمد أيضًا. والمسألة في ص ٨٠ ج ٢١ من المبسوط.

قد خرجت من الرهن حين أذن له أن يوحدها وصارت بمنزلة العارية. وبه يأخذ
وكان ابن أبي ليلي رحمه الله يقول: هي رهن على حالها والعلة للمرهن قضاء من حقه.

باب الحوالة والكفالة في الدين *

قال أبو يوسف رحمته: وإذا كان لرجل على رجل دين فكفل له به عنه رجل، فإن أبا
حنيفة رحمته كان يقول: للطالب أن يأخذ أيهما شاء، فإن كانت حوالة لم يكن له أن يأخذ
الذي أحاله لأنه قد أبرأه. وهذا يأخذ ^(١).

وكان ابن أبي ليلي يقول: ليس له أن يأخذ الذي عليه الأصل فيهما جميعاً لأنه
حيث قل منه الكفيل فقد أبرأه من المال إلا أن يكون المال قد توى قل الكفيل فيرجع
به على الذي عليه الأصل، وإن كان كل واحد منهما كفيلاً عن صاحبه كان له أن يأخذ
أيهما شاء في قولهما جميعاً.

قال: وإذا أخذ الرجل من الرجل كفيلاً بنفسه ثم أخذ منه بعد ذلك آخر بنفسه،
فإن أبا حنيفة رحمته كان يقول: هما كفيلان جميعاً. وبه يأخذ ^(٢).

وكان ابن أبي ليلي يقول: قد برئ الكفيل الأول حين أخذ الكفيل الآخر ^(٣).

قال: وإذا كفّل الرجل للرجل بدين غير مسمى. فإن أبا حنيفة رحمته كان يقول: هو
له ضامن. وهذا يأخذ.

وكان ابن أبي ليلي يقول: لا يجوز عليه الضمان في ذلك لأنه ضمن شيئاً مجهولاً
غير مسمى، وهو أن يقول الرجل للرجل: أضمن ما قضى لك به القاضي عليه من شيء

(١) وهي متفق عليها بين أصحابنا. وذكرت في باب رهن الحيوان من المبسوط مع اختلاف ابن أبي
ليلى في ص ١٠٨ ج ٢١.

(٢) وهذه المسألة في كتاب الكفالة في (ص ١٢٦ ج ٢٠) باب الكفالة بالأعيان، وهي متفق عليها
بين أصحابنا. وذكرها السرخسي في كتاب اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلي من كتابه أيضاً في ج
٣٠ ص ١٤٦.

(٣) وهو قول محمد أيضاً، أفاده سياق قول السرخسي حيث لم يذكر خلافه.

(٤) قال السرخسي في (ص ١٢٠ ج ١٩) من مبسوطه محجّباً لابن أبي ليلي. لأن الطالب يصير
معرضاً عن كفالته حين اشتعل بأخذ كفيل آخر، وهذا فاسد فإنه يأخذ الكفيل الثاني بقصد زيادة
التوثق فلا يصير مبرئاً للكفيل الأول. ولا منافاة بين الكفالتين فالمستحق على كل واحد منهما
الإحضار ولا يبعد أن يكون إحضاره في شيء واحد مستحقاً على شخصين.

اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى

وما كان لك عليه من حق وما شهد لك به الشهود، وما أشبه هذا، فهو مجهول^(١).
قال: وإذا ضمن الرجل دين ميت بعد موته وسماه ولم يترك الميت وفاء ولا شيئاً ولا قليلاً ولا كثيراً، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: لا ضمان على الكفيل لأن الدين قد توى. وكان ابن أبي ليلى يقول: الكفيل ضامن. وبه نأخذ^(٢). وقال أبو حنيفة رحمته الله: إن ترك شيئاً ضمن الكفيل بقدر ما ترك، وإن كان ترك وفاء فهو ضامن لجميع ما تكفل به.
قال: وإذا كفل العبد المأذون له في التجارة، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: كفالته باطلة لأنها معروف وليس يجوز له المعروف. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: كفالته جائزة لأنها من التجارة^(٣). وإذا أفلس المحتال عليه، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: لا يرجع على الذي أحاله حتى يموت المحتال عليه ولا يترك مالا^(٤). وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول: له أن يرجع إذا أفلس. وبهذا نأخذ^(٥).

(١) قال السرخسي: ولكننا نقول: الجهالة لا تمنع صحة الالتزام ولكنها جهالة تفصي إلى المازعة وهذه الجهالة لا تفصي إلى تمكن المتارعة، فإن الطالب لا يطالب الكفيل إلا بما ثبت له على الأصيل، ولا تتمكن المتارعة بعد ما ثبت له الحق على الأصيل بالحنة أو بعد ما قضى القاضي به عليه. ثم الالتزام بالكفالة بمنزلة الالتزام بالإقرار فإنه ليس بمقابلة عوض يجب للكفيل على الطالب، وجهالة المقر به لا تمنع صحة الإقرار فكذلك جهالة المكفول به.

(٢) قال السرخسي في (ص ١٤٧ ج ٣٠) ثم ذكر مسألة الكفالة عن الميت المجلس ويسا أن قول ابن أبي ليلى فيه كقول أبي يوسف وعبد رحمهم الله تعالى.

(٣) قال السرخسي: ولكننا نقول: لا تصح كفاية المأذون في حالة رقه لأن الحاجر وهو الرق قائم وإما افلأ الحاجر عنه بالإذن فيما هو تجارة أو من توابع التجارة والكفالة ليست بهذه الصفة فإن التجار يتحررون عن الكفالة عاية التحرز. لهذا قيل: «الكفالة أولها ملامة، وأوسطها ندامة، وآخرها غرامة» فقي محجوراً عنه على ما كان قبل الإذن، ثم الكفالة بمنزلة الإقراض فإنه تبرع في الالتزام وإن كان عند الأداء يرجع كما أن المقرض تسرع بأداء المال وإن كان له حق الرجوع في المال، والعبد المأذون لا يملك الإقراض في حق مولاه فكذلك الكفالة.

(٤) قال السرخسي في (ص ٤٧ ج ٢٠) من مبسوطه: ورحنا بي ذلك حديث عثمان رحمته الله موقفاً ومروفاً في المحتال عليه بهوت مفلساً قال: يعود الدين إلى ذمة المحيل، لا توى على مال امرئ مسلم. والمعنى فيه أن هذه براءة بالقل فإذا لم يسلم له حقه من المحيل الذي انتقل إليه يعود حقه إلى المحيل الذي انتقل حقه عنه، كما لو اشترى بالدين شيئاً أو صالح من الدين على غير.

(٥) قال في المبسوط (ص ٤٧ ج ٢٠): وعلى قول أبي يوسف وعبد رحمهما الله يقول بأن الحوالة ترى المحيل براءة مطلقة فلا يعود المال إليه بحال. وقال في ص ١٤٨ ج ٣٠: وهو ساء على ما سبق أن عند ابن أبي ليلى التفليس والحجر يتحقق وقوله فيه كفوطلا أو أبلغ منه، لأن عبده بعد التفليس والحس لا يعد عتق المديون في عبده فتحقق التوى بالتفليس على قوله. وإذا توى المال على المحتال عليه كان للطالب أن يرجع على المحيل لقوله عليه السلام «لا توى على مال امرئ

قال: وإذا وكل الرجل رجلاً في شيء فأراد الوكيل أن يوكل بذلك غيره، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: ليس له ذلك إلا أن يكون صاحبه أمره أن يوكل بذلك غيره. وبه تأخذ ^(١). وكان ابن أبي ليلى يقول: له أن يوكل غيره إذا أراد أن يغيب أو مرض، فأما إذا كان صحيحاً حاضراً فلا. قال أبو حنيفة: وكيف يكون له أن يوكل غيره ولم يرص صاحبه بخصومة غيره وإنما رضي بخصومته؟!

قال: وإذا وكل رجل رجلاً بخصومة وأثبت الوكالة عند القاضي ثم أقر على صاحبه الذي وكله أن تلك الخصومة حق لصاحبه الذي يخاضمه أقر به عند القاضي، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: إقراره جائز. قال محمد: وبه نأخذ. وإن أقر عند غير القاضي وشهد عليه الشهود، فإقراره باطل ويخرج من الخصومة. وقال أبو يوسف: إقراره عند القاضي وعند غيره جائز عليه ^(٢). وكان ابن أبي ليلى يقول: إقراره باطل.

قال: وإذا وكل رجل رجلاً في قصاص أو حد، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: لا تقبل في ذلك وكالة ^(٣). وبه نأخذ. وروى أبو يوسف أن أبا حنيفة قال: أقبل من الوكيل البينة في الدعوى في الحد والقصاص ولا أقيم الحد ولا القصاص حتى يحضر المدعي. وقال أبو يوسف: لا أقبل البينة إلا من المدعي ولا أقبل في ذلك وكيلاً. وكان ابن أبي ليلى يقول: تقبل في ذلك الوكالة.

قال: وإذا كانت في يدي رجل دار فادعاه رجل فقال الذي هي في يدي وكلني بها فلان لرجل غائب أقوم له عليها، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: لا أصدقه إلا أن يأتي على

مسلم» فأما على قول أبي حنيفة التوى لا يتحقق لأن التوى أن يهلك عين الشيء أو عمله الذي كان قائماً به، والدين لا يتصور هلاكه حقيقة وعمله قائم بعد الإفلاس ببقاء الدمة محلاً صالحاً لالتزام الحقوق، وإما يتأخر الاستبقاء بالإفلاس وهذا تأخير يزول ساعة فساعة لأن المال عاد، ورائع، بخلاف ما إذا مات مؤن محل الدين خرج من أن يكون صالحاً لالتزام الحقوق، وإما يتأخر الاستبقاء في أحكام الدنيا، بخلاف ما لو جحد وحلف، لأن الدين هناك صار تائباً حكماً حتى انقطع طريق الوصول إليه عن بينة أو إقرار الخصم.

(١) وهو قول محمد أيضاً - أماده السرخسي.

(٢) وهذا قوله الأول ثم رجع فقال: يصح إقراره في مجلس القاضي، وفي غير مجلس القاضي إقراره

باطل. والمسألة في (ص ٤ ح ١٩) من المسوط.

(٣) قال في المسوط (ص ٩ ح ١٩): والمراد التوكيل باستيفاء الحدود والقصاص فإد التوكيل باستيفاء الحدود باطل بالاتفاق.

ذلك بينة وأجعله خصماً. وبه نأخذ^(١).

وقال أبو يوسف رحمه الله بعد: إن كان متهماً أيضاً لم أقبل منه بينة وجعلته خصماً إلا أن يأتي بشهود أعرفهم.

وكان ابن أبي ليلى يقول: أقبل منه وأصدق له ولا نجعل بينهما خصومة. وكان ابن أبي ليلى بعد ذلك يقول: إذا اتهمته سألت البينة على الوكالة فإن لم يقم البينة جعلته خصماً.

قال: وإذا كان للرجل على الرجل مال فجاء رجل فقال: قد وكلني بقبضه منك فلان، فقال الذي عليه المال: صدقت، فإن أنا حنيفة عليه السلام كان يقول: أجبره على أن يعطيه إياه، وبه نأخذ^(٢). وكان ابن أبي ليلى يقول: لا أجبره على ذلك إلا أن يقيم بينة

(١) وبه قال الإمام محمد أيضاً. والمسألة في كتاب الدعوى (ص ٣٧ ح ١٧) من المبسوط، ولفظه: ولو ادعى عينا في يد رجل أنه له وقال الذي هو في يديه: أودعني فلان أو أعارني أو وكلني بحفظه، لم يخرج من خصومة المدعي إلا أن يقيم البينة على ما قال عندنا، قال: ولنا أن هذه البينة تثبت أمرين: أحدهما الملك للقات والحاضر ليس بخصم فيه. والثاني دفع خصومة المدعي عنه وهو خصم في ذلك فكأن مقولة فيما وجدت فيكون خصماً فيه إلخ.

قال: وعن أبي يوسف إن كان ذو اليد رجلاً معروفاً بالحيل لم تدفع الخصومة عنه بإقامة البينة، وإن كان صالحاً تدفع الخصومة عنه. رجع إلى هذا حين ابتلي بالقضاء وعرف أحوال الناس فقال: قد يحتال المحتال ويدفع ماله إلى من يريد شراء، ويأمر من يودعه علانية حتى إذا ادعاه إنسان يقيم البينة على أنه مودع ليدفع الخصومة عن نفسه، ومقصوده من ذلك الإضرار بالمدعي ليتعذر عليه إثبات حقه بالبينة فلا تدفع الخصومة عنه إذا كان متهماً بمثل هذه الحيلة، قال السرخسي: فإن شهد شهود ذي اليد أنه أودعه رجل لا يعرفه لم تدفع الخصومة عنه، فلعل ذلك الرجل هو الذي حصر ينازعه، وليس في هذه الشهادة ما يوجب دفع الخصومة إلخ. قال: وإن قال الشهود: أودعه رجل يعرفه بوجهه إذا رأيته ولا تعرفه باسمه ونسبه، فعلى قول محمد لا تدفع الخصومة عنه، وعند أبي حنيفة تدفع الخصومة عنه - ذكره في الجامع ثم ذكر حجتهم. فإن شئت زیادة مراجعه.

(٢) قال في المبسوط (ص ٨٦ ح ١٩) باب الوكالة في الدين: وإن أقر بالوكالة ثم أراد أن لا يدفع المال إليه، فإن القاضي يقضي عليه بالمال للوكيل على ما بينا أن المدين يقضي الدين بملك نفسه، وهو إما أقر بثبوت حق القبض له في ملكه وذلك جحد عليه إلا على قول ابن أبي ليلى رحمه الله فإنه يقول لا يجبره القاضي على الدفع إليه ولكن يقول له: أنت أعلم إن شئت فأعطه وإن شئت فاتركه، لأنه لم يثبت كونه نائياً عن الطالب في حق القاضي، وولاية الإيجاب بعد ثبوت كونه نائياً عنه، ولكنا نقول: قد ثبت ذلك بخبر الوكيل وتصديق السطوب إذ ليس هناك مكذب لهما، وكل خبر عند القاضي محمول على الصدق ما لم يأت له معارض، ولكن إذا حصر

اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى
عليه وأقول: أنت أعلم بأن شئت فأعطه وإن شئت فاتركه. ٤٢٧

قال: وإذا وكل الرجل رجلاً في شيء، فإن أبا حنيفة رضي الله تعالى عنه كان يقول: لا تثبت وكالته إلا أن يأتي معه خصم. وبه يأخذ^(١). وكان ابن أبي ليلى يقول: تقبل بيته على الوكالة وشبها له وليس معه خصم. وقد كان أبو يوسف رحمه الله إذا جاءه رجل قد عرفه يريد أن يغيب فقال: هذا وكيلي في كل حق لي يخاصم به، قل ذلك وأنت وكالته، وإذا تغيب الخصم وكل له وكيلاً وقضى عليه.

قال: وإذا وكل رجل رجلاً بكل قليل وكثير، فإن أبا حنيفة رضي الله عنه كان يقول: لا يجوز بيعه لأنه لم يوكله بالبيع إلا أن يقول: ما صنعت من شيء فهو حائز، وبه يأخذ^(٢). وكان ابن أبي ليلى يقول: إذا وكله في كل قليل وكثير فباع داراً أو غير ذلك كان حائزاً قال: وإذا وكلت المرأة وكيلاً بالخصومة وهي حاضرة، فإن أبا حنيفة رضي الله عنه كان يقول: لا أنبل إلا أن يرضى الخصم. وكان ابن أبي ليلى يقول: تقبل ذلك ونحيزه. وبه يأخذ^(٣).

الطالب وأنكر الوكالة رجع على الغريم بماله إلخ. وإن أنكر المطلوب الوكالة فقال الوكيل استحله أنه ما وكلي ليستحله على ذلك فإن حلف برئ وإن نكل عن اليمين قصيت عليه بالمال للوكيل إلخ. ثم ذكر عن الخصاص قال: لا يحلف المطلوب على الوكالة في قول أبي حنيفة، وفي قولهما يحلف على العلم، ثم ذكر دليله ودليلهما.

(١) وهي في (ص ١٠ ج ١٩) من المسوط.

(٢) والمسألة متفق عليها بين أصحابنا وهي في باب الوكالة في الدين ص ٧٠ ج ١٩ قال: وإذا وكله في كل قليل وكثير هو له فهو وكيل بالحفظ وليس بوكيل في تقاص ولا شراء ولا بيع إلا في قول ابن أبي ليلى رحمه الله فإنه يقول: ظاهر لفظه يتضمن ذلك، فإنه من القليل والكثير الذي له أن يباشره بولايته في ماله. ولكنا نقول: قد عرفنا يقيناً أنه لم يرد بهذا اللفظ جميع ما له أن يفعل، وإنما يثبت بهذا اللفظ القدر المتيقن والمنيقن به هو الحفظ فلا يملك إلا ذلك بمرلة فونه وكذلك بمالي.

(٣) قال في المسوط ص ٧ ج ١٩: وكان أبو يوسف رحمه الله يقول أولاً: للمرأة أن توكل بذلك، بكرة كانت أو ثيباً، إذا لم يكن مروعة. وفي قوله الآخر وهو قول محمد: الرجل وامرأة سواء في ذلك هم التوكيل بغير رضا الخصم إلخ.

باب في الدين *

قال أبو يوسف رحمه الله: وإذا كان على الرجل دين وكان عنده وديعة غير معلومة بعينها، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: ما ترك الرجل فهو بين الغرماء وأصحاب الوديعة بالخصص، وبه تأخذ^(١). وكان ابن أبي ليلى يقول: ليس لصاحب الوديعة شيء إلا أن يعرف وديعته بعينها، فتكون له خاصة. وقال أبو حنيفة رحمه الله: هي دين في ماله ما لم يقل قبل الموت: قد هلك، ألا ترى أنه لم يعلم لها شيئاً ذهبت فيه؟ وكذلك كل مال أصله أمانة، وبه تأخذ.

قال: وإذا أقر الرجل في مرضه الذي مات فيه بدين وعليه دين بشهود في صحته وليس له ولاء، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: يبدأ بالدين المعروف الذي في صحته، فإن فضل عنهم شيء كان للذين أقر لهم في المرض بالخصص، ألا ترى أنه حين مرض أنه ليس يملك من ماله شيئاً، ولا تجوز وصيته فيه لما عليه من الدين؟ فكذلك إقراره له. وبه تأخذ^(٢). وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول: هو مصدق فيما أقر به، والذي أقر له في الصحة والمرض سواء.

(١) وفي المبسوط السرخسي في كتاب الوديعة (ص ١٢٩ ح ١١): «وإن مات الرجل وعليه دين وعنده وديعة ومصاراة وبضاعة فإن عرفت بأعيانها فأربابها أحق بها من الغرماء» لأن حق الغرماء بعد موت المدين يتعلق بماله دون مال سائر الناس. وكما كانوا أحق بها في حياة المدين فكذلك بعد موته «وإن لم تعرف بأعيانها قسم المال بالخصص، وأصحاب الوديعة والمصاراة والبضاعة بمنزلة الغرماء عندنا» وعلى قول ابن أبي ليلى الغرماء أحق بجميع التركة. وأصل المسألة أن الأمين إذا مات بجهلاً للأمانة فالأمانة تصير ديناً في تركته عندنا، لأنه بالتجهيل صار ممتلكاً، فإن اليد المجهولة عند الموت تقلب يد ملك إلخ.

(٢) قلت: المسألة في (ص ٢٦ ج ١٨) باب الإقرار في المرض من المبسوط قال: ولو كان عليه دين في الصحة وأقر في مرضه بدين أو وديعة كان دين الصحة مقدماً على ما أقر به في المرض عندنا. وقال ابن أبي ليلى رحمه الله: ما أقر به في الصحة والمرض فهو سواء. ثم ذكر حجج كليهما وبسط ورجح دليل الإمام ثم قال «ولو استقرض في مرضه مالا أو اشترى شيئاً وعين الشهود قبضه ذلك فهذا يحاص غرماء الصحة لأنه لا تمكن التهمة فيما يثبت بمعاينة الشهود. وليس فيه إبطال حق الغرماء عن شيء بل فيه تحويل حقهم من محل إلى محل يعد له فظهر هذا السب في حقهم وكان صاحبه مزاحماً لهم في الشركة، ولو لم تكن التركة إلا عين المال الذي أخذه قرصاً أو شيئاً فهو كذلك» لأنه بالقبض ثم ملكه فكان من حصة تركته عند موته يتعلق به حق جميع غرمائه إلخ.

قال: وإذا استندت المرأة وزوجها غائب، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: أدرى لها على زوجها نفقة مثلها في غيبته. ثم رجع عن ذلك فقال: لا شيء لها وهي منطوعة فيما أنفقت والدين عليها خاصة ^(١). وكان ابن أبي ليلى لا يعرض لها نفقة إلا فيما يستقل وكذلك بلغنا عن شريح ^(٢) وهذا نأخذ.

قال: وإذا كان لرجل على رجل مال وله عليه مثله، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: هو قصاص. وبه نأخذ ^(٣). وكان ابن أبي ليلى يقول: لا يكون قصاصاً إلا أن يتراضيا به. وإن كان لأحدهما على صاحبه مال محالف لذلك لم يكن ذلك قصاصاً في قولهما جميعاً.

قال وإذا أقر وارث بدين وفي نصيبه وفاء بذلك الدين، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: يستوفي الغريم من ذلك الوارث المقر جميع ماله من نصيبه، لأنه لا ميراث له حتى يقضي الدين. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: إنما يدخل عليه من الدين بقدر نصيبه من الميراث، فإن كان هو وأخ له دخل عليه النصف، وإن كانوا ثلاثة دخل عليه الثلث، والشاهد عنده منهم وحده بمنزلة المقر، وإن كانا اثنين جازت شهادتهما في جميع الميراث في قولهما جميعاً إذا كانا عدلين، فإن لم يكونا عدلين كان ذلك في أنصبيهما على ما فسرنا من قول أبي حنيفة وابن أبي ليلى.

(١) قال في الميسوط (ص ١٨٤ ح ٥): «وكذلك لو استندت عليه قبل قضاء القاضي أو التراضي» لأنه ليس لها عليه ولاية الاستدانة وإنما ولايتها على نفسها فما استندت يكون في دينها، وإنفاهاً مما استندت كإنفاقها من سائر أملاكها «فلا ترجع بشيء» من ذلك على الروح إلا أن يكون القاضي فرض لها عليه نفقة كل شهر أو صالحته على نفقة كل شهر ثم عاب أو حس للنفقة فاستندت عليه أولم تستد أنفقتة بنفقة ما مضى» لأن حقها تأكد بقضاء القاضي أو بالصلح عن تراض، فإن ولايته على نفسه في الالتزام فوق ولاية القاضي في الإلزام. وذكر عن شريح قال: «أيما امرأة استندت على زوجها وهو غائب وإنما استندت على نفسها» وإنما أراد به إذا لم يفرض القاضي لها النفقة أو فرض لها ولم يأمرها بالاستدانة على زوجها فأما إذا أمرها بالاستدانة عليه فذلك على الروح، لأن للقاضي عليه ولاية، فأمرها بالاستدانة عليه كأمير الزوج بنفسه، قال «وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى: لا أجبر القرض عليه إذا كان عائلاً» لأن القرض عليه إذا كان غائباً إلزام وليس للقاضي ولاية الإلزام على الغائب.

(٢) قلت: أخرجه الإمام محمد في «الأصل» في الفقات كما ذكره موق. وأخرجه في كتاب المحبة عن أهل المدينة عن أبي كدينة يحيى بن المهلب عن مطرف بن طريف عن عامر الشعبي عن شريح أنه قال: إذا ادانت المرأة على زوجها لم يؤخذ به. ثم قال عامر: رأيت لو مات على من هو عليها حياً وميتاً؟ وأخرجه عن سفيان الثوري عن معمر عن الشعبي قال: قال شريح ليس عليه شيء إلا أن يكون أمرها «يعني المرأة إذا أنفقت وزوجها غائب» بدين أو أنفقت من مالها. (ص ٣٤٦).

(٣) وهو قول محمد أيضاً - أفاده في المختصر الكافي.

اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى

قال: وإذا كتب الرجل بقرض في ذكر حق ثم أقام بينة أن أصله كان مضاربة، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: أخذه به وإقراره على نفسه بالقرض أصدق من دعواه. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: أبطله عنه وأجعله عليه مضاربة وهو فيه أمين. وإذا أقام الرجل على الرجل البينة بمال في ذكر حق من شيء جائز فأقام الذي عليه الدين البينة أنه من ربه، وأنه قد أقر أنه قد كتب ذكر حق من شيء جائز، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: لا أقبل منه المخروح ويلزمه المال بإقراره أنه من شيء جائز. وبه نأخذ ^(١). وكان ابن أبي ليلى يقبل منه البينة على ذلك ويرده إلى رأس المال.

قال: وإذا أقر الرجل بمال في ذكر حق من بيع ^(٢) ثم قال بعد ذلك: لم أقبض السبع ولم تشهد عليه بينة بقبضه، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: المال له لازم ولا ألقت إلى قوله ^(٣). وكان ابن أبي ليلى يقول: لا يلزمه شيء من المال حتى يأتي الطالب بالبينة أنه قد قبض المتاع الذي به عليه ذكر الحق. وقال أبو يوسف رحمه الله: أسأل الذي له الحق أبعت هذا؟ فإن قال: نعم. قلت: فأقم البينة على أنك قد وفيت متاعه، فإن قال الطالب: لم أبعه شيئاً لزمه المال.

قال: وإذا ادعى الرجل على الرجل ألف درهم وحاء عليه بالبينة فشهد أحد شاهديه بالألف وشهد الآخر بالعين، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: لا شهادة لهما لأنهما قد اختلفا. وكان ابن أبي ليلى يحيز من ذلك ألف درهم ويقضي بها للطالب. وبه نأخذ ^(٤). ولو شهد

(١) وهو قول أصحاحنا جميعاً. قال السرخسي: واستحسن ابن أبي ليلى في الفصلين جميعاً، لأنه وحده في ذلك عرفاً ظاهراً بين الناس أنهم يكتنون القرص للاحتياط، وإن كانوا دعوا المال مضاربة، ويقرون بشئ المتاع وإن كان أصل المعاملة قرصاً والريادة ربا شرط عليه. فللعرف الظاهر قال: تفصل بيته على ذلك، ولكن هذا ليس بقوي، فهذا العرف يدل على شهادة الظاهر له وذلك دليل قول قوله مع بيته لا دليل قبول بيته، وبالاتفاق لا يقبل قوله مع بيته لما سبق من الإقرار فكذلك لا تفصل بيته.

(٢) وفي المبسوط بمال في صلح حق من شئ بيع.

(٣) قال السرخسي: فقد بينا هذه المسألة في كتاب البيوع أن على قول أبي حنيفة وعمد لا يصدق وصل أم فصل، وفي قول أبي يوسف الأول إن وصل صدق، وإن فصل لا يصدق. ثم رجع فقال: إذا فصل بسأل المقر له عن سبب وجوب المال، فإن أقر أنه من شئ بيع فالقول قول المقر لي لم أقبض السبع، وهو قول محمد.

(٤) كذا في الأصل ولعل الصواب فرض المسألة في دعوى الألفين، لأن مسألة دعوى الألف متعق عليها بين الإمام وصاحبيه.

قال في البدائع (ص ٢٧٨ ج ٦): إذا ادعى رجل على رجل ألفي درهم وأقام شاهدين شهد أحدهما بالعين والآخر بألف لا تقبل عند أبي حنيفة رحمه الله أصلاً، وعندهما تفصل على الألف.

أحدهما بألف وشهد الآخر بألف وخسمائة كانت شهادة الألف جائزة في قولهما جميعاً. وإما أجاز هذا أبو حنيفة لأنه كان يقول: قد سمي الشاهدان جميعاً ألفاً وقال الآخر: خمسمائة فصارت هذه مفصلة من الألف.

قال: وإذا شهد الرجل على شهادة رجل وشهد آخر على شهادة نفسه في دين أو شراء أو بيع، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: لا نحوز شهادة شاهد على شهادة شاهد ولا يقبل عليه إلا شاهدان. وكذلك بلغنا عن علي بن أبي طالب رحمته الله ^(١). وبه نأخذ ^(٢). وكان ابن أبي ليلى يقول: أقبل شهادة شاهد على شهادة شاهد. وكذلك بلغنا عن شريح ^(٣).

ولو كان المدعي يدعي ألفاً وخسمائة فشهد أحدهما بألف وخسمائة والآخر بألف تقبل على الألف بالإجماع. ثم ذكر دلائل القولين كليهما إلى أن قال: ولو ادعى ألفاً فشهد أحدهما بالألف والآخر بألفين لا تقبل على الألف بالإجماع، لأن المدعي كذب أحد شاهديه في بعض ما شهد به فإوجب ذلك شبهة في الباقي فلا تقبل إلا إذا وفق فقال: كان لي عليه ألفان إلا أنه قد قضاني ألفاً ولم يعلم به الشاهد فيقبل. وكذا لو ادعى ألفاً فشهد أحدهما بها والآخر بألف وخسمائة لا تقبل لما قلنا إلا إذا وفق فقال: كان لي عليه ألف وخسمائة إلا أنه قضاني خمسمائة ولم يعلم بها الشاهد فتقبل، لأنه إذ وفق فقد زال الاختلاف المانع من القول.

وفي المسوط (ص ١٧٥ ح ١٦): فإن كان المدعي يدعي ألفاً فقد أكذب الذي شهد على ألف وخسمائة فلا تقبل شهادتهما له إلا أن يوفق فيقول: كان أصل حقّي ألفاً وخسمائة لكن استوفيت خمسمائة أو أبرأته منها ولم يعلم به هذا الشاهد فحينئذ تقبل شهادتهما على الألف، لأنه وفق بتوفيق صحيح محتمل. قلت: فلعلى قوله «وبه نأخذ» أدرجه الناسح هنا سهواً منه وعلمه بعد قوله «لأنهما قد اختلفا» أو زيادته من سهو الناسخ، والله أعلم.

(١) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه [٣٣٩/٨] عن علي رحمته الله ولفظه: «لا يجوز على شهادة الميت إلا رجلان» وروى ابن أبي شيبة [٥٥٤/٤] عن الشعبي أنه قال: «لا نحوز شهادة الشاهد على الشاهد حتى يكونا اثنين» *.

(٢) ذكرت هذه المسألة في ضمن الاحتجاج في (ص ١٣٨ ج ١٦) من المبسوط في شرح قول الحاكم: «وإن شهد رجلان على شهادة رجلين جار عدنا» إلخ وهو قوله: «وليس هذا كما لو شهد أحدهما على شهادة نفسه لأن الشاهد على شهادة نفسه لا يصلح أن يكون شاهد العرع في تلك الحادثة» إلخ. ولم أجد ذكرها مستقلاً كما ذكرها، والله أعلم.

(٣) هو شريح بن الحارث بن قيس بن الجهم بن معاوية أبو أمية الكندي الكوفي، محضره، ولي نعيم الكوفة ففطنى بها ستين سنة. وكان من حلة العلماء وأدكي العالم. وروى عن علي وابن مسعود، وعنه الشعبي وأبو وائل. روى له النسائي والبحاري في الصحيح وفي الأدب. قال الشعبي: كان أعلم الناس بالقضاء. مات سنة ٨٠ عن ١١٠ سنة، وقيل عن ١٢٠ سنة.

وإبراهيم.

قال: وإذا شهد الشهود على دار أنها لفلان مات وتركها ميراثاً بين فلان وفلان، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: إن شهدوا أنهم لا يعلمون له وارثاً غير هؤلاء جازت الشهادة. وبه تأخذ^(١). وكان ابن أبي ليلى يقول: لا تجوز شهادتهم إذا قالوا: لا نعلم له وارثاً غير هؤلاء حتى يثبتوا ذلك فيقولوا: لا وارث له غيرهم، وإذا جاء وارث غيرهم بيته أدخله معهم في الميراث. ولم تطل شهادة الأولين في قولهما.

قال: وإذا شهد الشهود على زنا قديم أو سرقة قديمة، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: يدرأ الحد في ذلك، ويقضى بالمال ويظر في المهر لأنه قد وطئ فإذا لم يقم الحد بالوطء فلا بد من مهر. وكذلك بلغنا عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال: «أما قوم شهدوا على حد لم يشهدوا عند حصرة ذلك فإنما شهدوا على ضمن^(٢)» فلا شهادة لهم^(٣). وبه تأخذ^(٤). وكان ابن أبي ليلى يقول: أقبل شهادتهم وأمضي الحد. فأما السكران فإن أتى به وهو غير سكران فلا حد عليه^(٥)، وإن كان أخذ وهو سكران فلم يرتفع إلى الوالي حتى ذهب السكر عنه إلا أنه في يدي الشرط أو عامل الوالي فإنه يحد.

قال: وإذا شهد الشهود عند القاضي بشهادة فادعى المشهود عليه أنهم شهدوا بزور وقال: أنا أخرجهم وأقيم البيئة أنهم استؤجروا وأنهم قوم فساق، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: لا أقبل الخرج على مثل هذا، وبه تأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقبله. فأما غير

(١) وهذه المسألة في (ص ١٥٢ ج ١٦) قال بعد ما ذكر دليل ابن أبي ليلى ولكنا نقول: قولهم لا وارث له غيره ففي لا طريق لهم إلى معرفة ذلك فلو كلفهم القاضي أن يشهدوا بذلك لكلهم على ذلك شططاً وحملهم على الكذب، وإليه أشار في الكتاب فقال: من قبل أن هذا عيب يحملهم القاضي عليه، أو قال عت يحملهم القاضي عليه وهو يعلم أنهم يشهدون بما لا يعلمون، وإن قالوا: لا نعلم له وارثاً غيره فهذا يكفي. وعلى قول ابن أبي ليلى لا يكفي لأن هذا ليس من الشهادة في شيء فإنهم يشهدون بما يعلمون لا بما لا يعلمون. وكما أنهم لا يعلمون ذلك فالقاضي لا يعلم الخ.

(٢) الصنع: الحقد.

(٣) أخرجه الإمام محمد في كتاب الحدود من «الأصل».

(٤) والمسألة متفق عليها عندنا، أفاده السرخسي وقال: قد بينا المسألة في الحدود.

(٥) واحتج له السرخسي فقال لا يعدم العلة الموجبة للحد. قال: ولكنا نقول: الموجب للحد هو الشرب إلى عاية السكر، ولا ينعدم ذلك وإن زال ما به من السكر إلا عند أي حيفة وأي يوسف فإنهما يشترطان بقاء الرائحة لإقامة الحد عليه، وعند محمد لا يشترط ذلك. وقد بيناه في الحدود.

ذلك من محدود في قذف أو شريك أو عد فهما يقبلان في هذا الجرح حقيقاً. وحفظي عن أبي يوسف أنه قال بعد: يقبل الجرح إذا شهد من أعرفه وأتق به.

قال: وإذا شهد الوصي للوارث الكبير على الميت يدين أو صدقة في دار أو هبة أو شراء، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: لا يجوز ذلك. وكان ابن أبي ليلى يقول: هو جائز. وبه نأخذ. وإذا شهد الوصي على غير الميت للوارث الكبير بشيء له خاصة مشاهدته جائزة في قولهما جميعاً.

قال: وإذا ادعى رجل ديناً على ميت فشهد له شاهدان على حقه وشهد هو وآخر على وصية ودين لرجل^(١) عليه، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: شهادتهم جائزة لأن الغريم يضر نفسه بشهادته. وبه نأخذ^(٢).

وكان ابن أبي ليلى يقول: لا تجوز شهادته. وإذا شهد أصحاب الوصايا بعضهم لبعض لم تجز، لأنهم شركاء في الوصية الثلث بينهم. وقال أبو يوسف: أصحاب الوصايا والغرماء سواء، لا تجوز شهادة بعضهم لبعض.

قال: وإذا شهد الرجل لامرأته، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: لا تجوز شهادته لها. وكذلك بلغنا عن شريح^(٣). وهذا نأخذ^(٤). وكان ابن أبي ليلى يقول: شهادته لها جائزة. قال: وإذا شهد الرجل على شهادة وهو صحيح البصر ثم عمي فذهب بصره، فإن

(١) وفي المبسوط لرجل آخر.

(٢) وهو قول أصحابنا كلهم - أفاده السرخسي.

(٣) قلت أخرج أبو يوسف في آثاره عن الإمام عن الهيثم عن عامر عن شريح «أنه كان لا يجيز شهادة الرجل لامرأته. ولا المرأة لزوجها، ولا الشريك لشريكه، ولا السيد لعهده، ولا رجل لأبيه ولا أب لابنه، ولا الأعمى، ولا المحدود في قذف» وأخرجه الحسن بن زياد أيضاً عنه في مسنده، وأخرجه طلحة بن محمد من طريق المقرئ عنه وابن خسر من طريق ابن زياد والكلاعي عن الوهبي عنه. وأخرجه محمد في آثاره ومبسوطه وليس فيه ذكر الأعمى، وليس في رواية الآثار ذكر السيد، ولا ذكر الأعمى. وأخرجه عبدالرزاق وابن أبي شيبة في مصنفيهما. قلت: قال في تخريج الهداية ويقال: إن الخصاص أخرجه بإساده مرفوعاً. قلت: وذكره السرخسي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعاً، وذكر سند حديث خصاف القارئ في شرح المختصر فقال: عن صالح بن زريق عن مروان بن معاوية الفراري عن يزيد بن رباح الشامي عن الرمري عن عروة عن عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم: «لا يجوز شهادة الولد لوالده، ولا المرأة لزوجها، ولا الزوج لامرأته، ولا العبد لسيده، ولا السيد لعهده، ولا الشريك لشريكه، ولا الأخير لمن استأجره».

(٤) قلت: وبه أخذ محمد أيضاً وحجتهم في (ص ١٢٣ ج ١٦) من المبسوط ولم يذكر فيه خلاف ابن أبي ليلى.

اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى

أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: لا تجوز شهادته تلك إذا شهد بها ^(١). بلغنا عن علي بن أبي طالب رحمه الله أنه رد شهادة أعمى شهد عنده ^(٢). وكان ابن أبي ليلى يقول: شهادته جائزة. وبه نأخذ، وإذا كان شيء لا يحتاج أن يقف عليه.

قال: وإذا أقر الرجل بأربع مرات في مقام واحد عند القاضي، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: هذا عدي بمنزلة مرة واحدة ولا حد عليه في هذا. وبه نأخذ ^(٣). بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أن ماعز بن مالك رضي الله عنه أتاه فأقر عنده بالزنا فردّه، ثم أتاه الثانية فأقر عنده فردّه، ثم أتاه الثالثة فأقر عنده فردّه، ثم أتاه الرابعة فأقر عنده فسأل قومه: هل تنكرون من عقله شيئاً؟ قالوا: لا، فأمر به فرجم ^(٤).

وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقيم الحد إذا أقر أربع مرات في مقام واحد. قال: وإذا أقر الرجل بالزنا عند غير قاض أربع مرات، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان لا يرى ذلك شيئاً ولا يحده. وبه نأخذ ^(٥). وكان ابن أبي ليلى يقول: إذا قامت عليه الشهود بذلك أحده.

قال: وإذا رجع الرجل عن شهادته بالزنا وقد رجم صاحبه بها، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: يضرب الحد ويغرم ربع الدية. وبه نأخذ ^(٦). وكان ابن أبي ليلى يقول: أقتله،

(١) قلت: وهو قول محمد أيضاً والمسألة ذكرت في كتاب الشهادة (ص ١٣٠ ج ١٦) من مسوط السرخسي مع خلاف أبي يوسف وحججه وحججهما ولم يذكر قول ابن أبي ليلى.

(٢) قلت: أخرجه محمد في شهادات «الأصل» عنه أنه شهد عنده أعمى فقالت أخت المشهود عليه إنه أعمى فذكر ذلك لعلي رضي الله عنه فرد شهادته. قال محمد: وبه نأخذ وأخرج عبد الرزاق عن الأسود بن قيس عن أشياحه أن علياً لم يجز شهادة الأعمى في سرقة.

(٣) قلت: المسألة في (ص ٩١ ح ٩) في باب الإقرار بالزنا، وهي متفق عليها بين أصحابنا. واحتج السرخسي لهم بما لا يريد عليه وجمع اختلاف روايات الحديث الذي ذكره هنا وبين معانيها ووفق بينها فراجع إن شئت زيادة الإطلاع.

(٤) أخرجه هو في حراجه عن محمد بن عمرو عن أبي سلمة عن أبي هريرة. وأخرجه في آثاره عن الإمام عن علقمة عن ابن بريدة عن أبيه والحارثي عن طريق أبي يوسف وابن السارنك وأسد بن عمرو الحماني والمقرئ وعدة من أصحاب الإمام عنه عن علقمة بن مرثد عن ابن بريدة عن أبيه. وأخرجه أبو داود والسناني عن أبي هريرة، ورواه، وأحمد في مسنده عن يزيد بن عويم بن هلال عن أبيه: كان ماعز بن مالك يتبعاً في حجر أبي فأصاب جارية - الحديث.

(٥) وهو قول محمد أيضاً.

(٦) قلت: ذكرت هذه المسألة في كتاب الحدود (ص ١٠٤ ح ٩) من المسوط مختصرة قال: «وإن شهد خمسة على رجل بالزنا والإحصان فرجم ثم رجع واحد فلا شيء عليه لبقاء حجة نامة فإن رجع آخر غرماً ربع الدية لأن الباقي على الشهادة من يستحق بشهادته ثلاثة أرباع النص

فإن رجعوا أربعتهم قتلهم ولا نفرهم الدية، فإن رجع ثلاثة في قول أبي حنيفة يحد ضربوا الحد وغرم كل واحد منهم ربع الدية.

قال: وإذا شهد الشهود عند القاضي على عبد وحلوه ووصفوه وهو في يده أخرى نكب القاضي شهادتهم على ذلك، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: لا أقبل ذلك ولا أدمع إليه العبد، لأن الخلية قد توافق الخلية وهو يتمتع بالعبد حتى يأتي به إلى القاضي الذي كتب له، أرايت لو كانت جارية جميلة والرجل غير أمين أكنت أبعث بها معه؟ وكان ابن أبي ليلى يقول: يحتم في عنق العبد ويأخذ من الذي جاء بالكتاب كفيلاً ثم يبعث به إلى القاضي، فإذا جاءه العبد والكتاب الثاني دعا الشهود، فإن شهدوا أنه عبده أبرأ كفيله وقضى بالعبد أنه له وكتب له بذلك كتاباً إلى القاضي الذي أخذ منه الكفيل حتى يرى كفيله. وبه نأخذ.

قال: وإذا شهد الرجل من أهل الكوفة شهادة فعدل بمكة وكتب بها قاضي مكة إلى قاضي مصر في مصر غير مصره بالشهادة وركي هاشك وكتب بذلك إلى قاضي الكوفة فشهد قوم من أهل الكوفة أن هذا الشاهد فاسق، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: شهادتهم لا تقبل عليه أنه فاسق. وبه نأخذ ^(١) وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول: نرد شهادته ويقل قولهم.

وبعدان جميعاً لأنه لم يبق على الشهادة من تتم به الحجة وقد انفسخت الشهادة في حقيهما بالرجوع فعليهما الحد» قلت: ولم يذكر باقي المسألة ولا قول ابن أبي ليلى.

(١) قلت: وهو قول محمد أيضاً. أفاده السرخسي. وقد احتصر المسألة فقال: «إذا شهد قوم من أهل الكوفة أن ذلك الشاهد فاسق، فإن شهادتهم لا تكون مقبولة عندنا. وقال ابن أبي ليلى: تقبل وترد شهادة الشاهد، لأن فسقه لو صار معلوماً للقاضي بخبر المجبر رد شهادته فإذا صار معلوماً له بشهادة الشهود أولى، ولأن الفسق مانع من العمل بشهادته إلخ. وحج قولنا أن المقصود بهذه الشهادة النفي لا الإثبات والبيئات للإثبات لا للنفي، وبإدراك الوصف أن المقصود نفي وجوب العمل بشهادته، وبه فارق الرق وإقامة الحد عليه، لأن تلك الية تقوم لإثبات الرق عليه، ولإثبات فعل القاضي في إقامة الحد عليه ثم يتضمن ذلك بطلان شهادته حكماً. يوصحه أن صفة الفسق ليست بصفة لازمة، فإن الفاسق إذا تاب لا يبقى فاسقاً، فالشاهد لا يعلم بقاء هذا الوصف فيه عند شهادته حقيقة وإنما يقول ذلك باستصحاب الحال وذلك يطلق له الخبر دون الشهادة فكان مجازاً في هذه الشهادة، بخلاف الرق وإقامة الحد عليه، فإن ذلك صفة لازمة نه يجوز للشاهد أن يشهد على ذلك إذا كان قد علم سبه حقيقة، ولأن الفسق يثبت بأسباب يخفى الناس في بعضها فلعل الشاهد بذلك يعتمد بسبب عنده أن ذلك فسق وعبد القاضي ليس بفسق، فلا يجوز له أن يعتمد مجرد شهادته أنه فاسق بخلاف الرق وإقامة الحد عليه».

اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى

وقال أبو حنيفة رحمته الله: لا ينبغي للقاضي أن يفعل ذلك، لأنه قد عاب عن الكوفة

سنين فلا يدري ما أحدث ولعله قد تاب.

قال: وإذا شهد شاهدان من اليهود على رجل من النصارى وشهد شاهدان من النصارى على رجل من اليهود، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: ذلك جائز، لأن الكفر كله ملة واحدة. وبه تأخذ ^(١). وكان ابن أبي ليلى لا يجيز ذلك ويقول: لأهما ملتان مختلفتان. وكان أبو حنيفة يورث اليهودي من النصراني والصراي من اليهودي ويقول: أهل الكفر بعضهم من بعض وإن اختلفت مللهم. وبه تأخذ. وكان ابن أبي ليلى لا يورث بعضهم من بعض.

قال: وإذا شهد الشهود عند قاضي الكوفة على عد وحلوه ووصفوه أنه لرجل، فإن أبا حنيفة رحمته الله قال: لا أكتب له. وقال ابن أبي ليلى: أكتب له شهادتهم إلى قاضي البلد الذي فيه العبد، فيجمع القاضي الذي العبد في بلده بين الذي جاء بالكتاب وبين الذي عنده العبد، فإن كان للذي عنده العبد حجة وإلا بعث بالعبد مع الرجل الذي جاء بالكتاب مخبراً في عنقه وأخذ منه كميلاً بقيمته ويكتب إلى القاضي بحواب كتابه بذلك، فيجمع قاضي الكوفة بين البينة وبين العبد حتى يشهدوا عليه بعينه ثم يرده مع الذي جاء به

(١) وبه قال محمد. أفاده في المبسوط كتاب الشهادات (ص ١٣٣ ج ١٦) واحتج لهم بحجج كثيرة، منها «ورجم رسول الله صلى الله عليه وسلم يهوديين زنيا بشهادة أربعة منهم». وعن أبي موسى رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم أجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض. والسلف محمسون على هذا، حتى قال يحيى بن أكرم: «تسعت أقاويل السلف فلم أجد أحداً منهم لم يجور شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض إلا أنني رأيت لربعة فيه قولين. والمعنى فيه أن الكافر من أهل الولاية فيكون من أهل الشهادة كالمسلم. وبيان الوصف لي قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾ والمراد منه الولاية دون الموالاة، فإنه معطوف على قوله تعالى: ﴿مَا لَكُمْ مِّنَ لَّكُم مِّن وَلِيٍّ مِّن شَيْءٍ﴾ والدليل عليه أنها تصح الأنكحة فيما بينهم ولا نكاح إلا بولي» والمسلم إذا حطب إلى كتابي ابنته الصغيرة فروجها منه جاز النكاح ولأن الكافر من أهل الولاية على نفسه وماله على الإطلاق فيكون من أهل الولاية على غيره عند وجود شرط تعدي ولايته إلى الغير والشهادة نوع ولاية فإذا ثبت الأهلية للولاية ثبت الأهلية للشهادة. قال: ولأن الكفر ملة واحدة عندنا.

قال تعالى: ﴿هَٰذَا نَحْنُ خَاصِمَانِ آخِضُمَا فِي رَيْبٍ﴾ وقال: ﴿لَكُمْ دِينُكُمْ وَلِيَ دِينِ﴾ فعاد المحر وعابد الوثن أهل ملة واحدة وإن اختلفت مللهم، كالمسلمين هم أهل ملة واحدة وإن اختلفت مللهم. قلت: روى ابن ماجه [٧٩٤/٢] عن جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم أجاز شهادة أهل الكتاب بعضهم على بعض. فهذا حجة على ابن أبي ليلى.

* قال البوصيري في مصباح الزجاجة (٥٦/٣): هذا إسناد ضعيف من أجل مجالد بن سعيد، ورواه البيهقي في الكرى من طريق محمد بن طريف فذكره بإسناده ومثله (١٦٥/١٠).

إلى قاضي البلد الذي كان فيه العبد حتى يجمع بيه وبين خصمه ثم يضي عليه القضاء ويرأ كميله. وبه نأخذ^(١).

قال أبو يوسف ما لم تحي تمة أو أمر يستريه من الغلام.

وإذا سافر الرجل المسلم فحضره الموت فاشهد على وصيته رجلين من أهل الكتاب، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: لا تجوز شهادتهما. وبه نأخذ^(٢) لقول الله عز وجل: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾. وكان ابن أبي ليلى يقول: ذلك حائز^(٣).

وكان أبو حنيفة رحمه الله لا يرى على شاهد الزور تعزيراً غير أنه يبعث به إلى سوقه إن كان سوقياً، إلى مسجده قومه إن كان من العرب فيقول: القاضي يقرنكم السلام ويقول: إيا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه وحذروه الناس. وذكر ذلك^(٤) أبو حنيفة عن

(١) وهذه المسألة مكررة، وقد مرت مثلها قبل ذلك بتعبير يسير.

(٢) وهو قول محمد أيضاً - أضافه السرخسي.

(٣) قال الإمام السرخسي: وهو قول شريح فإنه كان يقول: لا تقبل شهادة أهل الكتاب على المسلمين في شيء إلا في الوصية، ولا تقبل في الوصية إلا في حالة السفر.

وقد نقل ذلك عن إبراهيم لظاهر قوله تعالى: ﴿أَتَيْنَاكَ الَّذِينَ ءَامَنُوا شَهَادَةً بَيْنَيْنَا﴾ ولكن نقل عن إبراهيم أنه قال: هذه الآية مسوخة نسحها قوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾.

وقد نقل عن عكرمة أن المراد من قوله تعالى: ﴿أَوْ ءَاخِرَانِ مِّنْ غَيْرِكُم﴾ أو من غير قبيلتكم، وهذا لأن العداوة بين القبائل في الجاهلية كانت ظاهرة، فمن الله تعالى أنه لا معتبر بها بعد الإسلام، وأن شهادة بعضهم على بعض مقبولة. ألا ترى أن الله تعالى قال: ﴿يُحِبُّونَهُمَا مِنْ تَعَدَّ الصَّلَوةَ فَيَقْسِمَانِ بِٱللَّهِ﴾ وذلك إما يكون في حق المسلمين الذين يصلون، وقد صح الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «لا تقبل شهادة أهل ملة على أهل ملة أخرى إلا المسلمين فإذا شهادتهم مقبولة على أهل الملل كلها» إلخ.*

(٤) قلت: أخرجه الإمام محمد في آثاره عنه عن الهيثم عمن حدثه عن شريح. وروى ابن أبي شيبة من طريق أبي حصين: كان شريح يبعث بشاهد الزور إلى مسجده قومه أو سوقه ويقول: إيا قد زينا شهادة هذا، وروى عبد الرزاق عن الثوري عن الجعد بن ذكوان: أتني شريح بشاهد زور فترع عما منه عن رأسه وخفقه بالدرة خفقات وبعث به إلى المسجده يعرفه الناس. قلت: أخرج الشافعي عن علي بن الحسين قال: «كان علي إذا أحد شاهد زور بعثه إلى عشيرته فقال: إن هذا شاهد زور فاعرفوه ثم غلى سبيله»

* رواه ابن أبي شيبة (٤/٥٣٣)، وعبد الرزاق (٦/١٢٩) والدارقطني (٤/٦٩). وابن الجوزي في التحف (٢/٣٩١). وقال الدارقطني: فيه عمر بن راشد ليس بالقوي.

اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى

القاسم^(١) عن شريح. وكان ابن أبي ليلى يقول: عليه التعزير ولا يبعث به ويضربه خمسة وسبعين سوطاً. قال أبو يوسف: أعززه ولا أبلغ به أربعين سوطاً، ويطاف به، وقال أبو يوسف: بعد ذلك: أبلغ به خمسة وسبعين سوطاً^(٢).

قال: وإذا اختلف الشاهدان في الموطن الذي شهدا فيه^(٣) فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: لا نعزهما، ويقول: لأني لا أدري أيهما الصادق من الكاذب إذا كانا شهدا على فعل؟ فإن كانا شهدا على إقرار فإنه كان يقول: لا أدري لعلهما صادقان جميعاً وإن اختلفا في الإقرار. وبه نأخذ^(٤). وكان ابن أبي ليلى يرد الشاهدين وربما صرهما وعاقبهما. وكذلك لو خالف المدعي الشاهدين في قول أبي حنيفة رحمه الله فشهدا بأكثر مما ادعى، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: لا يضرمهما وتتهم المدعي عليهما^(٥). وكان ابن أبي ليلى ربما

(١) كذا في الأصل ولعله تصحيف الهيثم لأن الهيثم محتمل التصحيف إلى القسم على رسم الأقدمين، ولأن محمداً رواه عنه عن الهيثم أو هو قاسم بن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود الهذلي أبو عبد الرحمن قاضي الكوفة، وهو يروي عن أبيه وجابر بن سرة، وعنه عمرو بن مرة وأبو إسحاق. وروى له الأربعة والبخاري. مات سنة ١١٠ هـ.

(٢) قال السرخسي في شهادات المبسوط ص ١٤٥ ح ١٦: وقال أبو يوسف ومحمد: يعاقبه بالتعزير والحبس على قدر ما يرى حتى يظهر توبته ولا يبلغ بالتعزيرات سبعين سوطاً. وقال أبو يوسف بعد ذلك: يبلغ بالتعزير خمسة وسبعين سوطاً. فهما استدلا بحديث عمر رحمه الله حيث قال في شاهد الزور: يضرب أربعين سوطاً ويسحم وجهه ويطاف به، إلا أن الدليل قد قام على انتساخ حكم التسخيم للوجه، فإن ذلك مثله ونهى رسول الله ﷺ عن المثلة ولو بالكلب العقور، فبقي حكم التعزير إلخ. وأبو حنيفة أخذ بقول شريح فإنه كان قاضياً في زمن عمر وعلي رضي الله عنهما لما اشتهر من قصاياه كالمروى عنهما. ثم التشهير لمعنى النظر للمسلمين وذلك في حقهم. فأما التعزير لحق الله تعالى وذلك يسقط بالتوبة، وشاهد الزور من يقر على نفسه بذلك وإقراره على نفسه بذلك دليل توبته، فلهذا لا يعزر ويكتفى بالتشهير. ثم في التشهير نوع تعزير وهو تعزير لائق بحريته، لأن بالشهادة لا يحصل له سوى ماء الوجه، وبالتشهير يذهب ماء وجهه عد الناس فكان هذا تعزيراً لائقاً بحريته فيكتفى به، وما نقل عن عمر محمول على معنى السياسة إذا علم الإمام أنه لا يرجح إلا به، ألا ترى أنه ذكر تسخيم الوجه وذلك بالاتفاق بطريق السياسة إذا علم المصلحة فيه؟ فكذلك التعزير.

(٣) وفي المبسوط: «وإذا اختلف الشاهدان في الموطن التي شهدا فيها على عمل أو عصب لم نقل شهادتهما ولا يعرران على ذلك عدنا» إلخ.

(٤) استدلل لهم في المبسوط فقال: «ولكننا نقول: لا ندري أيهما الكاذب منهما فضرر كل واحد منهما عبث ولا بد من تقرر السب في حقه حتى يجوز الإقدام على صر به وذلك لا يوجد في حق كل واحد منهما».

(٥) واحتج لهم السرخسي فقال: «ولكننا نقول: لعل المدعي هو العاقل والكاذب والشهود صادقون»

عزرها وصرهما وربما لم يفعل.

قال: وإذا لم يقطع الخصم في الشاهد، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: لا يسأل القاضي عن الشاهد. وكان ابن أبي ليلى يقول: يسأل عنه. وهذا نأخذ^(١). وكان أبو حنيفة رحمه الله لا يجيز شهادة الصبيان بعضهم على بعض. وبه نأخذ^(٢). وكان ابن أبي ليلى يجيز شهادة الصبيان بعضهم على بعض^(٣).

في شهادتهم وبدون السب لا تجب عليهم العقوبة وإن كان لا يعمل بشهادتهم لتكذيب المدعي إياهم.

(١) قال في السبوط: وهو قول أبي يوسف ومحمد لأن السؤال عن الشهود لصيانة قضائه فإنه ممنوع شرعاً من القضاء بشهادة الماسئ. وأبو حنيفة رحمه الله يقول: العدالة ثابتة بظاهر الإسلام كما قال رسول الله ﷺ: «المسلمون عدول بعضهم على بعض» فيعتمد القاضي هذا الظاهر ما لم يقطع الخصم فإذا طعن اشغل بالسؤال، لأن الظاهر من حال الطاعن أنه لا يكذب أيضاً فإنه مسلم. وقد بنا هذه المسألة يفصلها في: «أدب القاضي»

(٢) وهو قول محمد أيضاً - أفاده السرخسي بقوله: «عدنا»

(٣) راد السرخسي بعده: في الجراحات وتريق الثياب التي تكون بينهم في الملاعب ما لم يتفرقوا، فإن كانوا يتفرقوا لم تجز شهادتهم. ثم قال: ولكننا نقول: المعنى الذي لأجله لا تكون لهم شهادة على البالغين اقطاع الولاية، فإن الصبي ليس من أهل الولاية على أحد. وهذا المعنى موجود في شهادة بعضهم على بعض، والضرورة التي اعتادوها لا تتحقق فإننا أمرنا أن ننعمهم من الاجتماع للعب فنرفع هذه الصلوة بنعتنا إياهم عن ذلك.

باب في الأيمان

قال أبو يوسف رحمه الله: وإذا ادعى الرجل على الرجل دعوى وجاء بالبينة، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: لا يرى عليه يمينًا مع شهوده. ومن حجة في ذلك أنه قال: بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال: «اليمين على المدعى عليه والبينة على المدعي»^(١). ولا نجعل على المدعي ما لم يجعل عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم، لا تحول اليمين عن الموضع الذي وضعها عليه النبي صلى الله عليه وسلم. وبه نأخذ^(٢).

وكان ابن أبي ليلى يقول: على المدعي اليمين مع شهوده، وإذا لم يكن له شهود لم يستحلفه وجعل اليمين على المدعى عليه، فإن قال المدعى عليه: أنا أرد اليمين عليه فإنه لا يرد اليمين عليه^(٣) إلا أن يتهمه فيرد اليمين عليه إذا كان كذلك، وهذا في الدين.

قال: وإذا ورث الرجل ميراثًا دارًا أو أرضًا أو غير ذلك فادعى رجل فيها دعوى ولم تكن له بينة فأراد أن يستحلف الذي ذلك في يديه، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: اليمين على علمه أنه لا يعلم لهذا فيه حقًا. وكذلك كان ابن أبي ليلى يقول أيضًا. وإما جعل أبو حنيفة رحمه الله على هذا اليمين على علمه، لأن الميراث لزمه، إن شاء وإن أبي،

(١) أخرجه طلحة بن محمد من طريق أبي يوسف عن الإمام عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعًا: «البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه إذا أنكر». وأخرجه ابن خثعم من طريق إسحاق بن خالد وعبد الله بن عبد الرحمن عن الإمام عن حماد عن إبراهيم عن شريح بن الحارث عن عمر بن الخطاب عن النبي صلى الله عليه وسلم «أنه قضى بالبينة على المدعي واليمين على المدعى عليه إذا أنكر»**. وأخرجه الحارثي عن أبي يوسف عن الإمام عن حماد عن الشعبي عن ابن عباس رفعه: «المدعى عليه أولى باليمين إذا لم تكن بينة»*** وحديث ابن عباس منقح عليه. وأخرجه البيهقي بالفاظ مختلفة.

(٢) وبه أخذ محمد أيضًا - أفاده السرخسي.

(٣) وعندما لا يرد اليمين عليه، لأن اليمين لإبقاء ما كان على ما كان لا لإثبات ما لم يكن، وحاجة المدعي إلى إثبات ما لم يكن ثابتًا واليمين لا يصلح حجة في ذلك، ثم هو مخالف لنفسه، فإن أنسى صلى الله عليه وسلم قال للمدعي: «ليس لك إلا هذا: شاهدك أو بينته»*** فهو تنصيص على أنه لا يمين في جانب المدعي - السرخسي في المبسوط.

■ رواه البخاري (٩٣١/٢)، والترمذي (٦٢٥/٣)، وابن ماجه (٧/٣).

** انظر: المحلى لابن حزم (٧٤/٩) (٦٦/١١).

*** رواه النسائي (٢٤٨/٨).

**** رواه البخاري (٨٨٩/٢)، ومسلم (١٢٣/١).

والبيع لا يلزمه إلا بقول، وإذا كان الشيء لا يلزمه إلا بفعله وقبول منه مثل البيع والهبة والصدقة، فاليمين في ذلك أليقة، والميراث لو قال: لا أقبله كان قوله ذلك باطلاً وكان الميراث له لازماً فلذلك كانت اليمين على علمه في الميراث، وبه تأخذ^(١).

وكان ابن أبي ليلى يقول: اليمين عليه على علمه في جميع ما ذكرت لك من بيع وغير ذلك.

وقال وإذا استحلف المدعي المدعى عليه على دعواه فحلفه القاضي على ذلك ثم أتى بالينة بعد ذلك على تلك الدعوى، فإن أبا حذيفة رحمه الله كان يقلل منه ذلك، لأنه بلغا عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وشريح أهما كانا يقولان: اليمين الفاجرة أحق أن ترد من الينة العادلة^(٢). وهذا تأخذ^(٣).

وكان ابن أبي ليلى يقول: لا أقبل منه الينة بعد اليمين وبعد فصل القضاء.

(١) وفي المبسوط ص ١٧٣ ج ١٧: «ولو أن رجلاً ورث داراً من أبيه فادعى آخر أنه أخوه لأبيه فدورث أباه معه هذه الدار وجحد ذو اليد ذلك لم يستحلف على السب» هنا بالانفاق. أما عند أبي حنيفة فلا يشكّل، وأما عندهما فكل نسب لو أقر به لم يصح يستحلف على ذلك إذا أنكره ثم أتى به أن المكول عندهما قائم مقام الإقرار، والأخوة لا تثبت بإقراره لو أقر بها وكذلك لا يستحلف عليه بخلاف الأبوة والنسوة «ولكنه يستحلف بالله العظيم ما يعلم له في هذه الدار بصيناً» كما يدعي الإرث من الميت بسبب يسهما والاستحلاف على فعل الغير، لأنه يدعي الإرث من الميت بسبب يسهما والاستحلاف على فعل الغير يكون على العلم لا على البتات. قال في الهداية: «ومن ورث علناً وادعاه آخر يستحلف على علمه» لأنه لا علم له بما صنع المورث فلا يحلف على البتات «وإن وهب له أو اشتراه يحلف على البتات» لو جحد المطلق لليمين إذ الشراء سبب لثبوت الملك وضماً وكذا الهبة. قال في العايدة: «والضابطة في ذلك أن الدعوى إن وقعت على فعل الغير كانت الحلف على العلم إذا قال المدعى عليه: لا أعلم لي بذلك. وأما إذا كان له بذلك علم فيحلف على البتات، وإن وقعت على فعل المدعى عليه كان الحلف على البتات».

(٢) قال البيهقي في سننه باب الينة العادلة أحق من اليمين الفاجرة [١٨٢/١٠]: روي ذلك عن عمر بن الخطاب وشريح، ثم روي عن شريك عن عاصم عن ابن سيرين عن شريح قال: «من ادعى قضائي فهو عليه حتى يأتي بالينة، الحق أحق من قضائي، الحق أحق من يمين فاجرة».

(٣) وبه قال محمد. والمسألة في (ص ١١٩ ج ١٦) من المبسوط قال: وبعض النسخة من التسم كانوا لا يسمعون الينة بعد يمين الخصم، وكانوا يقولون: كما يرجع حاسب التصديق في حاسب المدعي بالينة وتعين ذلك حتى لا ينظر إلى يمين المسمك بعده، فكذلك يتعين التصديق في حاسب المدعي عليه إذا حلف فلا يلتفت إلى يمين المدعي بعد ذلك وليس تأخذ بذلك وإنما تأخذ به بقول عمر رضي الله عنه حيث قال: «اليمين الفاجرة أحق أن ترد من الينة العادلة» وليس يقول: يمين المدعي عليه يتعين معنى التصديق في إنكاره لكن المدعي لا يخافه بعد ذلك لأنه لا حجة له فإذا وجد الحجة كان له أن يثبت حقه بها.

باب الوصايا

قال أبو يوسف: وإذا أوصى الرجل بسكنى دار أو بخدمة عبد أو بغلة بستان أو أرض، وذلك ثلثه أو أقل، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: ذلك جائز. وبه نأخذ^(١). وكان ابن أبي ليلى يقول: لا يجوز ذلك، والوقت في ذلك وغير الوقت في قول ابن أبي ليلى سواء.

قال: وإذا أوصى الرجل للرجل بأكثر من ثلثه فأجاز ذلك الورثة في حياته وهم كبار ثم ردوا ذلك بعد موته، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: لا تجوز عليهم تلك الوصية، ولهم أن يردوها، لأنهم أحازوا وهم لا يملكون الإجازة ولا يملكون المال. وكذلك بلغنا عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه^(٢) وشريح. وهذا نأخذ^(٣). وكان ابن أبي ليلى يقول: إجازتهم

(١) وهو قول الإمام محمد أيضاً. أفاده السرخسي والمسألة في باب الوصية بالغلة (ص ١٨١ ج ٢٧) من المبسوط. واحتج لابن أبي ليلى فقال: «لأن الموصي يملك له بإيجابه وذلك لا يصح منه فيما ليس بمملوك له. والمنفعة والغلة التي تحدث بعد موته ليست بمملوكة له، وإيجابه لا يتناول المنفعة والغلة التي تحدث في حال حياته. فيبطل وصيته بها». قال: ولكنا نقول: المنفعة تحتل التمليك ببدل وبغير بدل في حال الحياة فيجعل التمليك بعد الموت أيضاً، وهذا لأن الموصي تقي العين على ملكه حتى يجعله مشغولاً بتصرفه موقوفاً على حاجته فإنما يحدث المنفعة على ملكه، فإذا ثبت هذا في المنفعة فكذلك في الغلة. لأنها بدل المنفعة، والوصية بخلاف الميراث فالإرث لا يحري في الخدمة بدون الرقبة، لأن الورثة خلافة. وتفسيره أن يقوم الوارث مقام المورث فيما كان ملكاً للمورث وهذا لا يتصور إلا فيما يبقى وقتين والمنفعة لا تبقى وقتين. فأما الوصية لإيجاب ملك بالعقد بمنزلة الإجازة والإعارة فيما أبقي.

(٢) أخرجه الإمام محمد في آثاره عن الإمام عن القاسم بن عبد الرحمن عن أبيه عن ابن مسعود قال محمد: وبه نأخذ، إجازة الورثة قبل الموت ليس بشيء، فإن أجازوه بعد الموت وهي لو ارث أو أكثر من الثلث فذلك جائز، وليس لهم أن يرجعوه، وهو قول أبي حنيفة. وأخرجه ابن خسر عن طريقه عنه. وأخرجه الحسن بن زياد في مسنده عنه عن حماد عن إبراهيم عن ابن مسعود ولفظه أنه قال في الرجل يوصي بأكثر من الثلث فيجيزه الورثة في حياة الموصي فإذا مات الموصي أبوا أن يجيزوا فإن لهم ذلك. وأخرجه ابن خسر عن طريقه عنه. وأخرجه محمد في وصايا «الأصل» عن إبراهيم قوله. وأما قول شريح فلم أجده.

(٣) وبه أخذ الإمام محمد أيضاً. أفاده السرخسي في مبسوطه ص ١٥٣ ج ٢٧ قال: لأن حقهم تعلق بماله بمرضه ولكن الشرع جعل الثلث محلاً لوصية الموصي ليتدارك به ما مرط في حياته فما راد على ذلك إذا أوصى به فقد قصد الإضرار بورثته بإسقاط حقهم به وإيثار الأجنبي على من آثره الشرع وهو الوارث فللوارث أن يرد قصده بأن يأبى الإجازة ولا معتبر بإجازته في حياة الموصي عدنا. وقال ابن أبي ليلى: تصح إجازته في حياته وليس له أن يرجع بعد وفاته، لأنه سقط حقه بالإجازة الخ. قال «ولكننا نقول: إسقاط الحق قبل وجود السبب لا يجوز ويعتبر المرض بسبب

اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى ٤٤٣

حائرة عليهم لا يستطيعون أن يرجعوا إلى شيء منها. ولو أحازوها بعد موته ثم ألدوا أن يرجعوا فيها قبل أن تنفذ الوصبة لم يكن ذلك لهم وكانت إحارهم حائرة في هذا الموضع في قولها جميعاً.

قال: وإذا أوصى رجل بثلث ماله لرجل وبما له كله لأخر فرد ذلك الورثة كله إلى الثلث، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: الثلث بينهما بصفان لا يضرب صاحب الجميع بحصة الورثة من المال. وكان ابن أبي ليلى يقول: الثلث بينهما على أربعة أسهم يضرب صاحب المال بثلاثة أسهم ويضرب صاحب الثلث بسهم واحد. وبه تأخذ ^(١).

باب الطواريث

قال أبو يوسف رحمته الله: وإذا مات الرجل وترك أخاه لأبيه وأمه وجده، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: المال كله للحد وهو بمنزلة الأب في كل ميراثه. وكذلك بلغنا عن أبي بكر الصديق وعن عبد الله بن عباس وعن عائشة أم المؤمنين وعن عبد الله بن الزبير رضي الله عنهم أنهم كانوا يقولون: الجدة بمنزلة الأب إذا لم يكن له أب ^(٢). وكان ابن أبي ليلى يقول في الجدة بقول علي بن أبي طالب رحمته الله: للأخ النصف وللجد النصف. وكذلك قول زيد بن ثابت وعبد الله بن مسعود رضي الله عنهما في هذه المنزلة ^(٣).

تعلق حقه بماله بل السبب مرض الموت ومرض الموت ما يتصل به الموت فضل اتصال الموت لا يكون سبباً، وهذا الاتصال موهوم فيكون هذا إسقاط الحق قبل تقرير السبب إجماعاً وأطال الاحتجاج عليه.

(١) وبه قال محمد. والمسألة في كتاب الوصايا (ص ١٤٨ ج ٢٧) من المبوط. وكذلك في (ص ١٦٨) واحتج للقولين بحجج كثيرة قوية حسنة، فمن شاء الاطلاع عليها فليراجع.

(٢) قلت: أما قول أبي بكر فأخرجه الإمام محمد في كتاب الحجة على أهل المدينة عن ابن عباس وموسى الأشعري عنه وعن عطاء والحسن عنه مرسلًا، وأخرجه البخاري عن عكرمة عن ابن عباس عنه، والبيهقي رواه كذلك عنه وعن ابن الزبير عنه، ورواه عن أبي سعيد الخدري وعن عثمان عنه. وأما قول ابن عباس فأخرجه محمد في الحجة والبيهقي في مسنده والبخاري ذكره تعليقاً. وأما ابن الزبير فروى البيهقي من طريق أيوب عن ابن أبي مليكة أن أهل الكوفة كانوا إلى عبد الله بن الزبير يسألونه عن الجدة فقال: أما الذي قال رسول الله ﷺ: «لو أخذ أحد حبيلاً لاتخذته» فإنه أنزله أبا، يعني أبا بكر رحمته الله. فأفتى بقول أبي بكر رحمته الله. وأما قول أم المؤمنين فلم أحده. قلت: وزاد السرخسي فقال: وهو قول أبي موسى ومحمد بن حنبل وعبد الله بن عمر. الدرداء ومعاذ بن جبل رضوان الله عليهم أجمعين، وهو قول شريح وعطاء وعبد الله بن عمر.

(٣) قول علي وزيد وابن مسعود أخرجه البيهقي. وروى مثله عن عمر وعثمان رضي الله عنهما، وروى البيهقي عن عثمان وعلي رضي الله عنهما مثل قول أبي بكر أيضاً، وكذلك احتج علي

اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى

قال: إذا أقرت الأخت، وهي لأب وأم وقد ورث معها العصبية بأخ لأب، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول: يعطيه نصف ما في يدها، لأنها أقرت أن المال كله بينهما نصمان فما كان في يدها منه فهو بينهما نصفان. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: لا يعطيه مما في يدها شيئاً لأنها أقرت بما في يدي العصبية، وهو سواء في الورثة كلهم ما قالاً^(١) جميعاً.

قال: وإذا مات الرجل وترك امرأة وولدها ولم يقر بحبل امرأته ثم جاءت بولد بعد موته وجاءت بامرأة تشهد على الولادة، فإن أبا حنيفة رحمته كان يقول: لا أقبل هذا ولا أثبت نسبه ولا أورثه بشهادة امرأة. وكان ابن أبي ليلى يقول: أثبت نسبه وأورثه بشهادتها وحدها. وبه نأخذ^(٢).

قال: وإذا كان للرجل عبدان ولدا في ملكه كل واحد منهما من أمته فأقر في صحته أن أحدهما ابنه ثم مات ولم يبين ذلك، فإن أبا حنيفة رحمته كان يقول: لا يثبت نسب واحد منهما ويعتق من كل واحد منهما نصفه ويسعى في نصف قيمته، وكذلك أمهاتهما. وبه نأخذ^(٣). وكان ابن أبي ليلى يقول: يثبت نسب أحدهما ويرثان ميراث ابن ويسعى كل واحد منهما في نصف قيمته، وكذلك أمهاتهما.

قال: وإذا كانت الدار في يدي رجل فأقام ابن عم له البينة أنها دار جدهما والذي هي في يديه منكر لذلك، فإن أبا حنيفة رحمته كان يقول: لا أقضي بشهادتهم حتى يشهدوا

ابن مسعود. قلت: ويقول ابن أبي ليلى قال أبو يوسف ومحمد أيضاً في مقاسمة الجد.

(١) كذا في الأصل ولم أجد المسألة بعينها في المبسوط. ونظائرها كثيرة في الوصية والفرائض.

(٢) قال السرخسي: وهو قول أبي يوسف ومحمد، وقد تقدم بيان المسألة في كتاب الطلاق أن عبد أبي حنيفة شهادة المرأة الواحدة لا تكون حجة على الولادة في إثبات النسب إلا أن يكون هناك حبل طاهر أو فراش قائم أو إقرار من الزوج بالحبل، وعد انعدام هذه المعاني لا يثبت النسب إلا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين، وعد أبي يوسف ومحمد شهادة القابلة على الولادة حجة تامة لإثبات النسب بدون هذه الشروط. وقول ابن أبي ليلى كقولهما.

(٣) وبه قال الإمام محمد - أعاده السرخسي، لأن النسب مما لا يحتمل التعليق بالشرط وما لا يحتمل التعليق بالشرط لا يصح إيجابه في المجهول كالنكاح والبيع، وهذا لأن الإيجاب في المجهول بمنزلة التعليق بخطر البيان، والنسب لا يحتمل التعليق سائر الأخطار مكذلك بخطر البيان بخلاف العتق والطلاق إلا أن إقراره وإن لم يعتبر في حق النسب فإنه يكون معتبراً في حق العتق، بمنزلة ما لو أقر لأم هو معروف النسب من الغير أنه ابنه لا يقلل إقراره، وإن لم يعتبر في حق النسب فإنه يكون معتبراً في حق العتق الخ - مبسوط (ص ١٥٥ ح ٣٠).

أن الحد تركها ميراثاً لأبيه ولأبي صاحبه لا يعلمون له وارثاً غيرهما ثم توفي أبو هذا وترك نصيبه منها ميراثاً لهذا لا يعلمون له وارثاً غيره ^(١). وكان ابن أبي ليلى يقول: أقصي له بشهادتهم وأسكنه في الدار مع الذي هي في يديه ولا يقتسمان حتى تقوم البيعة على الموارث، كما وصفت لك في قول أبي حنيفة. ولا يقولان: لا نعلم في قول ابن أبي ليلى لكن يقولان لا وارث له غيرهما في قول ابن أبي ليلى. وقال أبو يوسف: أسكنه ولا يقتسمان.

قال: وإذا توفي الرجل وترك امرأته وترك في بيته متاعاً، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يحدث عن حماد عن إبراهيم ^(٢) أنه قال: ما كان للرجال من المتاع فهو للرجل، وما كان للنساء فهو للمرأة، وما كان للرجال والنساء فهو للباقي منهما، المرأة كانت أو الرجل، وكذلك الزوج إذا طلق والباقي الزوج في الطلاق. وبه كان يأخذ أبو حنيفة وأبو يوسف رضي الله عنهما. ثم قال بعد ذلك: لا يكون للمرأة إلا ما يجهز به مثلها في ذلك كله، لأنه يكون رجل تاجر عنده متاع النساء من تجارته أو صانع، أو تكون رهوناً عند رجل. وكان ابن أبي ليلى يقول: إذا مات الرجل أو طلق، فمتاع البيت كله متاع الرجل إلا الدرع والخمار وشبهه إلا أن تقوم لأحدهما بيعة على دعواه ^(٣). ولو طلقها في دارها كان

(١) وبه قال الإمام محمد. والمسألة في الميسوط في كتاب الدعوى ص ٤٧ ج ١٧ قال وقال أبو يوسف: أقصي بها للجد وأضعها على يد عدل حتى يصححوا عدد ورثة الجد. وهو قول ابن أبي ليلى. وهذا نظير الفصل الأول أن عند أبي يوسف رحمه الله يجب القضاء بما لو قامت البيعة عليه، وعندهما لما لم يجر الميراث إليه لا يظهر استحقاقه وكونه خصماً في إثبات ملك الجد فلا يقضي القاضي بشيء إلا أن يجر الميراث.

(٢) وأخرجه الإمام محمد في الآثار.

(٣) قال الإمام السرخسي في (ح ٥ ص ٢١٣) باب متاع البيت من الميسوط: وقال محمد رحمه الله: ما يصلح للرجال والنساء فهو للرجل إن كان حياً ولورثته إن كان ميتاً. وقال أبو يوسف رحمه الله: تعطى المرأة جهاز مثلها والباقي للرجل أستحسن ذلك. وقال ابن أبي ليلى: ما يصلح للرجال والنساء فهو للزوج إن كان حياً ولورثته إن كان ميتاً وإنما لها ما يصلح للنساء خاصة. وعلى قول ابن شبرمة: المتاع كله للرجل إلا ما على المرأة من ثياب بدنائها. وقال رفر: المتاع بينهما نصفان إذا لم تقم لواحد منهما، وهو قول مالك رحمه الله وأحد أقاويل الشافعي. وفي قول آخر المشكل بينهما نصفان، وعلى قول الحسن البصري إن كان البيت بيت المرأة فالمتاع كله لها إلا ما على الزوج من ثياب بدنه وإن كان البيت بيت الزوج فالمتاع كله له، لأن صاحب البيت على ما في البيت أقوى وأظهر من يد غيره، ولأن المرأة ساكنة البيت، ألا ترى أنها تسمى فقيدة؟ فإذا كان البيت لها فالبيت مع ما فيه في بدنها وعقد دعوى مطلق الملك القول قول ذي اليد، ومن يقول: المتاع كله للزوج قال لأن المرأة في يد الزوج فما في بيتها يكون في يد الزوج أيضاً، ألا ترى أنه صاحب البيت وأن المرء يضاف إليه إلخ. وأبو حنيفة يقول: ما يصلح

أمرها على ما وصفت في قولهما جميعاً.
قال: وإذا أسلم الرجل على يدي الرجل ووالاه وعاقده ثم مات ولا وارث له، فإن
أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: ميراثه له. بلغنا ذلك عن رسول الله ﷺ ^(١) وعن عمر بن
الخطاب رضي الله عنه وعن ابن مسعود رضي الله عنه.
وهذا نأخذ ^(٢). وكان ابن أبي ليلى لا يورثه شيئاً.

للرجال فهو قريب من استعمال الرجال وما يصلح للنساء فهو قريب من استعمالها والاستعمال
يد حتى لو تارَعَ رجلان في ثوب واحد وأحدهما لابسهُ والآخر متعلق بذيله أو تارَعاً في دابة
وأحدهما راكبها والآخر متعلق ببلجامها يجعل القول قول المستعمل فكانت يد المستعمل لها أقوى
فيما هو صالح لأحدهما فأما فيما يصلح لهما فيترجح جانب الرجل في الطلاق لأنه صاحب البيت فقد
كانت هي مع المتاع في يده إلخ *.

(١) وهو ما أخرجه أحمد والأربعة والحاكم وابن أبي شبة والدارمي وأبو يعلى والدارقطني والطبراني
كلهم من حديث تميم الداري من رواية عبد الله بن موهب ويقال ابن وهب عنه، ومنهم من
أدخل بينهما قبيصة: سئل رسول الله ﷺ عن رجل أسلم على يديه آخر ووالاه فقال: «هو أحق
به بحياه ومماته» وفي لفظ أبي داود قال: يا رسول الله ما السنة في الرجل يسلم على يد رجل من
المسلمين؟ قال: «هو أولى الناس بحياه ومماته».

وفي رواية الحاكم سألت رسول الله ﷺ، وذكره البخاري في صحيحه فقال: ويذكر عن تميم
رفعه: «وهو أولى الناس بحياه ومماته» واختلفوا في صحة هذا الخبر. وأخرجه ابن عدي من
وجهين ضعيفين والطبراني والدارقطني من أحدهما ولفظه «من أسلم على يديه رجل مولاؤه له».
وأخرجه ابن راهويه عن عمرو بن العاص أنه أتى رسول الله ﷺ فقال: إن رجلاً أسلم على يدي
وله مال وقد مات، قال ﷺ «فلنك ميراثه» ومن طريقه أخرجه الطبراني وفي إسناده رجل مجهول
- من تخريج أحاديث الهداية باختصار **.

(٢) وهو قول الإمام محمد أيضاً قال السرخسي في فصل ولاء المولاة ص ٤٣ ح ٣٠ من المسوط:
وهو مذهب عمر وعلي وابن مسعود وابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم.

* انظر: الهداية (١٦٧/٣)، ومصنف ابن أبي شيبة (١٨١/٤)، ومختصر الطحاوي (٣٤٦/٢).

** رواه البخاري (٢٤٨٣/٦)، وابن الخارود (ص ٢٤٨)، والحاكم في المستدرک (٢٣٨/٢، ٢٣٩)،
والترمذي (٤٢٢/٤)، والدارمي (٤٧١/٢)، والبيهقي (٢٩٦/١٠)، والدارقطني (١٨١/٤)،
وأبوداود (١٢٧/٣، ٢٩٥). والسائي (٢٧٣/٦)، واس ماجه (٩١٩/٢)، وابن أبي شيبة (٦/١)،
٢٩٥)، وابن جسيم في معجم الشيوخ (٢٥/١)، وأحمد في المسند (٣٤/٢، ٧٣، ١٠٢، ١٠٣)،
وأبو يعلى في مسنده (١٠٣/١٣)، وابن أبي عاصم في الأحاد والمثنائين (٩/٥)، والطبراني في
الكبير (٥٦/٢).

وانظر: الدراية في تخريج أحاديث الهداية (١٩٥/٢، ١٩٦). ونصب الراية (١٢٨/٤، ١٥٥، ١٥٦).

حدثني مطرف^(١) عن الشعبي^(٢) أنه قال: «لا ولاء إلا لذي بعة». حدثنا ثعلب بن أبي سليم^(٣) عن أبي الأشعث الصنعاني^(٤) عن عمر بن الخطاب^(٥) أنه سئل عن رجل يسلم على يدي الرجل فيموت ويترك مالا فهو له وإن أبي طليت المال^(٦). حدثنا أبو حنيفة عن إبراهيم بن محمد^(٧) عن أبيه عن مسروق^(٨) أن رجلا من أهل الأرض وإلى ابن عم له فمات وترك مالا فسألوا ابن مسعود^(٩) عن ذلك فقال: ماله له^(١٠).

(١) وهو مطرف بن طريف أبو بكر الكوفي الحارثي، وقيل: الحارثي. روى عن عبد الرحمن بن أبي ليلى والشعبي وجماعة. وعنه السفينان وابن فضيل وطائفة. روى له الستة. وثقه أبو حاتم. مات سنة ١٤٣.

(٢) هو عامر بن شراحيل أبو عمرو الحميري الشعبي الكوفي الإمام العلم. ولد لست سنين حلت من خلافة عمر. روى عنه وعن ابن مسعود ومرسلا وعن علي وأبي هريرة وعائشة وجابر وابن عباس وخلق. أدرك حسنة من الصحابة. روى عنه ابن سيرين والأعمش وشعبة وخلق. قال أبو محلة: ما رأيت فيهم أفقه من الشعبي. وقال العجلي: مرسل الشعبي صحيح. مات سنة ١٠٤، وقبل غير ذلك. قلت: روى له الستة.

(٣) هو ليث بن أبي سليم القرشي الكوفي أحد العلماء والنسك. روى عن عكرمة وغيره، وعنه معمر وشعبة والثوري. روى له الأربعة، ومسلم مقروناً والبخاري تعليقا. مات سنة ١٤٣.

(٤) هو شراحيل بن آدة - بعد الأحمر وتحفيف الدال - أبو الأشعث الصنعاني صعاء دمشقي. وقيل: اليمن. روى عن عبادة بن الصامت وشداد بن أوس وثوبان وأوس بن أوس الثقفي وأبي هريرة والعمان بن بشير وعبد الله بن عمرو وأبي ثعلبة الحنسي، وعنه أبو فزارة الجرمي وحسان بن عطية ومسلم بن يسار المكي وراشد بن داود ويحيى بن الحارث الدماري وغيرهم. وثقه ابن حبان والعجلي. ذكره ابن سعد في الطبقة الثانية من أهل اليمن. وكان يزل دمشق. شهد فتح دمشق مات زمن معاوية. قلت: روى له الخمسة والبخاري في الأدب.

(٥) قلت: أخرجه ابن أبي شيبة من طريق مجاهد أن رجلا أتى عمر فقال: إن رجلا أسلم على يدي فمات وترك ألفاً فتخرجت منها، قال: أرايت لو جنى جناية على من تكون؟ قال علي. قال فميراثه لك.

(٦) هو إبراهيم بن محمد بن المنتشر بن الأجدع الهمداني الكوفي. روى عن أبيه وقيس بن مسلم، وعنه شعبة والسفينان. وثقه أحمد وأبو حاتم. وقال جعفر الأحمر: كان أفضل من رأينا بالكوفة. قلت: روى له الستة. وأما أبوه محمد ابن المنتشر ابن أخي مسروق فروى عن عمه معروق، وعنه عبد الملك بن عمير. وثقه أحمد. قلت: روى له الستة.

(٧) هو مسروق بن الأجدع الهمداني أبو عائشة الكوفي، الإمام، القدوة. روى عن أبي بكر وعمر وعلي ومعاذ وابن مسعود وطائفة. وعنه زوجته فمير وأبو وائل والشعبي، وأرسل عنه مكحول. قال أبو إسحاق: حجج مسروق فما نام إلا ساحداً على وجهه. قال ابن المديني: صلى حنف أبي بكر. سمي مسروقاً لأنه سرقه إنسان في صحره ثم وجد. وغير عمر اسم أبيه إلى عبد الرحمن فأتى في الديوان مسروق بن عبد الرحمن. مات سنة ٦٣. قلت: روى له الستة.

(٨) قلت: أخرجه الإمام أبو يوسف في آثاره عنه عن محمد بن قيس عن مسروق أن رجلا من أهل

باب في الأوصياء

قال أبو يوسف: ولو أن رجلاً أوصى إلى رجل فمات الموصى إليه فأوصى إلى آخر، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: هذا الآخر وصي الرجلين جميعاً، وهذا نأخذ ^(١). وكذلك بلغنا عن إبراهيم. وكان ابن أبي ليلى رحمه الله تعالى يقول: هذا الآخر وصي الذي أوصى إليه ولا يكون وصياً للأول إلا أن يكون الآخر أوصى إليه بوصية الأول فيكون وصيهما جميعاً، وقال أبو يوسف رحمه الله بعد: لا يكون وصياً للأول إلا أن يقول الثاني قد أوصيت إليك في كل شيء أو يذكر وصية الآخر.

قال: ولو أن وصياً لأيتام انتجر لهم بأموالهم أو دفعها مضاربة، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: هو جائر عليهم ولهم. بلغنا ذلك عن إبراهيم المخعي ^(٢). وكان ابن أبي ليلى يقول: لا تجوز عليهم والوصي صامن لذلك ^(٣). وقال ابن أبي ليلى أيضاً: على اليتامى

الأردن وأطأ ابن عم له وأسلم على يديه فمات وترك مالا فسأل ابن مسعود عن ذلك فأمره بأكل ميراثه.

وأخرجه محمد أيضاً في آثاره وقال: أقبل رجل من أهل الذمة فأسلم - الحديث *.

انظر: المبسوط للشيباني (١٨٤/٤)، للسرخسي (٩١/٨).

(١) وبه قال محمد - أماده في المبسوط باب الوصي والوصية ص ٢٢ - ٢٣ ح ٢٨ قال: فأما ابن أبي ليلى فيقول: هو بمطلق الإيصاء يجعل الوصي خلفاً عنه فيما هو من حوائجه وحقوقه التي مرط فيها. وهذا مقصور على تركته فأما التصرف في تركة الموصي فليس من حوائجه في شيء فلا يملك الوصي ذلك إلا بالتخصيص عليه. ولكنا نقول: بعد ثبوت الوصية وموت الموصي صار التصرف في تركة الأول وأولاده الصغار من حوائجه فيما هو مستحق عليه بمرلة التصرف في تركة نفسه. يوضحه أنه جعل الثاني خلفاً عنه قائماً مقامه في كل مكان يملكه بنفسه مما يفل النقل إلى الغير بعد موته، وقد كان ملك التصرف في الترتين جميعاً في حال حياته فيحلفه الوصي الثاني فيهما جميعاً بمطلق الإيصاء. وعن أبي يوسف رحمه الله كذلك إلى أن يخص تركته عند الإيصاء إلى الثاني فيحتد بعمل تخصيصه، لأنه نظر لنفسه في هذا التخصيص وهو أنه لا ينحمل وبال التصرف في ملك الغير حياً وميتاً.

(٢) وأخرجه الإمام محمد في كتاب الآثار عن الإمام عن حماد عنه قال محمد: وبه نأخذ. وهو قول أبي حنيفة.

(٣) قال في المبسوط باب الوصي والوصية ص ٢٨ ج ٢٨ لأن الموصي جعله قائماً مقامه في التصرف في المال ليكون المال محفوظاً عنده، وإما يحصل هذا المقصود إذا كان هو الذي يتصرف بنفسه فلا يملك دعه إلى غيره للتصرف كالوكيل، ولكنا نقول: هو قائم مقام الموصي في ولايته في مال الولد وقد كان للموصي أن يفعل هذا كله في ماله وكذلك الوصي، وهذا لأن المأمور به ما يكون أصلح لليتيم وأحسن. قال الله تعالى: ﴿وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْيَتَامَى قُلْ إِصْلَاحٌ لَهُمْ خَيْرٌ﴾ وقد يكون الأحسن في

اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى

٤٤٩

الزكاة في أموالهم فإن أداها الوصي عنهم فهو ضامن^(١). وقال أبو حنيفة رحمه الله: ليس على يتيم زكاة حتى يبلغ، ألا ترى أنه لا صلاة عليه ولا فريضة عليه؟ وهذا نأخذ.

قال: ولو أن وصي ميت ورثته كبار وصغار ولا دين على الميت ولم يوصي بشيء باع عقاراً من عقار الميت، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول في ذلك: يبعه حائز على الصغار والكبار. وكان ابن أبي ليلى يقول: يجوز على الصغار والكبار إذا كان ذلك مما لا بد منه. وقال أبو يوسف رحمه الله: يبعه على الصغار جائز في كل شيء كان منه يد أولم يكن، ولا يجوز على الكبار في شيء من بيع العقار إذا لم يكن الميت أوصى بشيء يباع فيه أو يكون عليه دين^(٢).

تمويض الصرف في ماله إلى غيره بعض هذه الأسباب لعجزه عن مباشرة ذلك بنفسه إما لكثرة أشغاله أو لقلته هدايته.

(١) وفي كتاب الزكاة من المبسوط ج ٢ ص ١٦٢: «وكان ابن مسعود رحمه الله يقول: يحصى الولي أعوام اليتيم فإذا بلغ أخيره، وهو إشارة إلى أنه تجب عليه الزكاة وليس للولي ولاية الأداء، وهو قول ابن أبي ليلى رحمه الله. قال: إذا أداه الولي من ماله ضمس. قال: ولنا قوله رحمه الله: «رفع القلم عن ثلاث: عن الصبي حتى يحتلم، وعن النائم حتى ينتبه، وعن المجنون حتى يفيق» * وفي إيجاب الزكاة عليه إجراء القلم عليه، فإن الوجوب يختص بالذمة ولا يجب في ذمة الولي فلا بد من القول بوجوبه على الصبي وفيه يوجه الخطاب عليه. والمراد بقوله: «كي لا تأكلها الصدقة»: أي النفقة، ألا ترى أنه أضاف الأكل إلى جميع المال، والنفقة هي التي تأتي على جميع المال دون الزكاة. والمعنى فيه أنها عبادة محضة فلا نجس على الصبي كسائر العبادات» إلخ. قلت: وعدم الوجوب عليه قول علي وابن عباس. وذهب إلى وجوبه ابن عمر وعائشة وابن مسعود وصي الله عنهم.

(٢) وقول محمد مع أبي يوسف. قال في المبسوط ج ٢٨ ص ٣٤: وأبو حنيفة استحسَن فقال: لما بُنيت له الولاية في بيع البعض ثبتت في الكل، لأن الولاية بسبب الوصاية لا تحتل التجري، وهذا لأن في بيع البعض إصرار بالصغير والكبير جميعاً، لأنه يثبت به نصيب الكبير والأشخاص لا يشتري بما لا يشتري به الجلل فكان في بيع الكل توفر المنفعة عليهم، وللوصي ولاية في نصيب الكبير فيما يرجع إلى توفير المنفعة عليه، ألا ترى أنه يملك الحفظ وبيع المتفولات حال عينه لما فيه من المنفعة له؟

• رواه الترمذي (٣٢/٤)، والدارمي (٢٢٥/٢) وابن أبي شيبة (١٩٤/٤)، وانظر: نصب الراية (٢/٣٣٣).

باب في الشركة والعنق وغيره

قال أبو يوسف رحمه الله: وإذا اشترك الرحلان شركة مفاوضة ولأحدهما ألف درهم وللآخر أكثر من ذلك، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: ليست هذه بمفاوضة. وهذا تأخذاً^(١). وكان ابن أبي ليلى يقول: هذه مفاوضة جائزة والمال بينهما نصفان.

قال: ولو أن عبداً بين رجلين أعتق أحدهما نصيبه وهو موسر، كان الخيار للآخر في قول أبي حنيفة رحمه الله، فإن شاء أعتق العبد كما أعتق صاحبه، وإن شاء استسعى العبد في نصف قيمته فيكون الولاء بينهما، وإن شاء ضمن شريكه نصف قيمته ويرجع الشريك بما ضمن من ذلك على العبد ويكون الولاء للشريك كله، وهو عبد ما بقي عليه من السعاية شيء. وكان ابن أبي ليلى رحمه الله تعالى يقول: هو حر كله يوم أعتقه الأول والأول ضامن لنصف القيمة ولا يرجع بها على العبد وله الولاء، ولا يخير صاحبه في أن يعتق العبد أو يستسعيه. ولو كان الذي أعتق العبد معسراً كان الخيار في قول أبي حنيفة للشريك الآخر، إن شاء ضمن العبد نصف قيمته يسعى فيها والولاء بينهما، وإن شاء أعتقه كما أعتق صاحبه والولاء بينهما. وكان ابن أبي ليلى يقول: إذا كان معسراً سعى العبد للشريك الذي لم يعتق في نصف قيمته ويرجع بذلك العبد على الذي أعتقه والولاء كله للذي أعتقه وليس للآخر أن يعتق منه شيئاً. وكان يقول: إذا أعتق شقصاً في مملوك فقد أعتقه كله ولا يتبعض العبد فيكون بعضه رقيقاً وبعضه حراً، وبه نأخذ^(٢).

(١) قلت: وبه قال محمد. أفاده في المبسوط وزاد: ولكنها عنان قال فيينا وبينه اتفاق أن من شروط المفاوضة المساواة في رأس المال وقتلنا لما انعدم ما هو شرط صحة المفاوضة لم تكن الشركة مفاوضة بينهما ولكنه عنان عام فكانهما باشرا شركة العنان ولقياها بلقب فاسد إلخ.

(٢) وهو قول الإمام محمد أيضاً. والمسألة في باب عتق العبد بين الشركاء من المبسوط ص ١٠٣ ح ٧ واحتجهما السرخسي فقال: لقوله عليه الصلاة والسلام: «من أعتق شقصاً من عبده فهو حر كله ليس لله فيه شريك». وفي الكتاب ذكر هذا اللفظ عن عمر أيضاً رضي الله عنه. والمعنى فيه أن العتق إسقاط للرق والرق لا يتحرى ابتداء وبقاء، فإسقاطه بالعتق لا يتجزى أيضاً كما أن الحل لما كان لا يتحرى ابتداء وبقاء فإبطاله بالطلاق لا يتحرى إلخ. قال: واستدل أبو حنيفة رحمه الله بحدث سالم عن ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «من أعتق شقصاً له في عبد فإن كان موسراً فعليه حلاصه، وإلا فقد عتق ما عتق ورق ما رق». وقال علي رضي الله عنه: «يعتق الرجل من عبده ما شاء»، وتأويل قوله صلى الله عليه وسلم: «فهو حر كله» سيصير حراً كله بإخراج الباقي إلى الحرية بالسعاية فيكون فيه بيان أنه لا يستدام الرق فيما بقي منه وهو مذهبنا، ولأن هذا إرالة منك اليسير فيتحرراً في الحل كالبيع، وتأثيره أن نفوذ تصرف المالك باعتباره ملكه وهو مالك للمالية دون الرق، فالرق اسم للضيف ثابت في أهل الحرب مجازاة وعقوبة على كفرهم وهو لا يحتمل التسلك

أرايت ما أعتق منه أيكون رقيقاً؟ فإن كان ما أعتق منه يكون رقيقاً فقد عتق. فكيف يجتمع في معتق واحد عتق ورق؟ ألا ترى أنه لا يجتمع في امرأة بعصها طالق وبعصها غير طالق وبعصها امرأة للزوح على حالها؟ وكذلك الرقيق. وجهها بأحد: لا خصلة لا يرجع العبد بما سعى فيه على الذي أعتقه. وقال أبو حنيفة رحمه الله: لا يعتق بعصه وبعضه رقيق. وهذا كله بمنزلة العبد ما دام معه شيء رقيق أو يسعى في قيمته، أرايت لو أن الشريك قال: نصيب شريكك منه حر وأما نصيبك فلا، هل كان يعتق منه ما لا يملك وإذا أعتق منه ما يملك فكيف يعتق منه ما لا يملك، وهل يقع عتق فيما لا يملك الرجل؟ قال: ولو أن عبداً بين رجلين كاتبه أحدهما بعير إذن صاحبه ولا رضاه بأنكر ذلك صاحبه قبل أن يؤدي المكاتب شيئاً، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: المكاتب بائنة ولصاحبه أن يردها لأنها منقعة تصل إليه وليس ذلك له دون صاحبه. وبه يأخذ^(١). وكان ابن أبي ليلى يقول: المكاتب جائزة وليس للشريك أن يردها. ولو أن الشريك أعتق العبد كان العتق باطلاً في قول ابن أبي ليلى^(٢) حتى ينظر ما يصع في المكاتب، فإن أداها إلى

كالحياة إلا أن بقاء ملكه لا يكون إلا بقاء صفة الرق في المحل كما لا يكون حياً إلا باعتبار صفة الحياة في المحل، فذلك لا يدل على أن الحياة مملوكة له، فإذا ثبت أنه يملك المالية وملك المانية يحتمل التحري فإما يزول بقدر ما يزيله، وهذا لا يعتق شيء منه باعتاق البعض عبد أبي حنيفة حتى كان معتق البعض كالمكاتب إلا في حكم واحد، وهو أن المكاتب إذا عجز يرد في الرق، لأن السبب هناك عقد محتمل للفسخ. وهذا إذا عجز عن السعاية لا يرد في الرق، لأن سبه لإزالة ملك لا إلى أحد وهو لا يحتمل الفسخ وإما يسمى فعله اعتاقاً مجازاً على معنى أنه إذا تم إزالة الملك بطريق الإسقاط بعقبه العتق الذي هو عبارة عن القوة لا أن يكون الفعل المزيل ملائياً للرق الخ.

(١) وبه أخذ الإمام محمد أيضاً أماده السرخسي قال: لأن في إبقاء هذا العبد ضرراً على شريكه من حيث إنه يتعذر عليه التصرف في نصيبه وتتعذر عليه استدامة الملك بعد أداء بدل الكتابة، ومن تصرف في ملكه تصرفاً يلحق الضرر بغيره فإن ذلك الغير يتمكن من دفع الضرر عن نفسه، ألا ترى أن للشفيع أن يأخذ الشقص بالشفعة لدفع الضرر عن نفسه؟ وهذا العقد يحتمل الفسخ، فقلنا: يدفع الشريك الضرر عن نفسه بفسخه، ألا ترى أن المكاتب إذا كسر حجماً أو بحمير كان للمولى أن يفسخ الكتابة لدفع الضرر عن نفسه وأن المكاتب متى عجز عن أداء بدل الكتابة كان له أن يفسخ العقد لدفع الضرر عن نفسه، وبه فارق حنيفة العتق فإنه غير محتمل للفسخ فدفع الضرر يكون بالتضمن هناك، وبه فارق البيع لأنه لا ضرر على الشريك في إبقاء البيع في نصيب الشريك.

(٢) وهذا بناء على أن الكتابة لا تنجزاً عنده وإذا أدى البدل عتق الكل من جهة مفسار صامناً بصفتهم لشريكه. وعند أبي حنيفة تنجز الكتابة فالمكاتب لم يصير مستحقاً نصيب الشريك منه، هذا العتق من الشريك في نصيبه ويسعى المكاتب في بدل الكتابة، وإن شاء في نصف قيمه.

اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى

صاحبها عتق وكان الذي كاتب ضامنا لنصف القيمة والولاء كله له. وكان أبو حنيفة رحمه الله يقول: عتق ذلك جائز ويخير المكاتب، فإن شاء ألغى الكتابة وعجز عنها، وإن شاء سعى فيها، فإن عجز عنها كان الشريك الذي كاتب بالخيار إن شاء ضمن الذي أعتق إن كان موسراً، وإن شاء استسعى العبد في نصف قيمته، وإن شاء أعتق العبد، فإن ضمن الذي أعتق كان له أن يرجع على العبد بما ضمن.

قال: ولو أن مملوكاً بين اثنين دبره أحدهما، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: ليس للآخر أن يبيعه لما دخل فيه من العتق. وبه نأخذ^(١).

وكان ابن أبي ليلى يقول: له أن يبيع حصته. وإذا ورث أحد المتفاوضين ميراثاً، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: هو له خاصة. وهذا يأخذ^(٢). قال: وتنتفص المفاوضة إذا قبض ذلك. وكان ابن أبي ليلى يقول: هو بينهما نصفان.

قال: وإن كان العبد بين اثنين فدبره أحدهما ثم أعتقه الآخر ألبتة، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: الذي دبره بالخيار إن شاء أعتق وإن شاء استسعى العبد في نصف قيمته مدبراً وإن شاء ضمن المعتق نصف قيمته مدبراً إن كان موسراً ويرجع به المعتق على العبد والولاء بينهما نصفان. وكان ابن أبي ليلى يقول: التدبير باطل والعتق جائز والمعتق ضامن لنصف قيمته إن كان موسراً، وإن كان معسراً سعى فيه العبد ثم يرجع على المعتق والولاء كله للمعتق^(٣). وقال أبو يوسف: إذا دبره أحدهما فهو مدبر كله وهو ضامن نصف قيمته،

للشريك الآخر، وهذا الخيار عنده باعتبار أن العتق يحتمل التجزيء - السرخسي.

(١) والمسألة متفق عليها عند أئمتنا كما ذكرها السرخسي. قال: وهذا بناء على أن استحقاق العتق يشترط بالتدبير عندنا حتى يمتنع على المدبر بيع نصيبه فيمتنع على الشريك أيضاً ببيع نصيبه اعتباراً لحق العتق بحقيقة العتق إلخ.

(٢) وبه قال الإمام محمد أيضاً. أماده السرخسي، لأننا نقول: عقد المفاوضة إما يوجب الشركة بينهما فيما يحصل بطريق التجارة لأن كل واحد منهما يكون وكيلاً لصاحبه في ذلك الصرف وهذا في الإرث لا يتحقق، ثم الملك بالميراث ليس بحادث فإن الوراثة خلافة فقي للوارث الملك الذي كان ناشئاً للمورث. وسبب هذه الخلافة لم يوجد في حق الشريك. ولو قلنا بأن المفاوضة توجب الشركة بينهما في الموهوب والموروث لبطلت في نفسها. لأنها تصير في معنى التمسار والمحاطرة وذلك باطل شرعاً.

(٣) هذه المسألة مقدمة في الميسوط على مسألة الشركة التي قلها. قال السرخسي: ولكن قد نت لنا أن بالتدبير يشترط استحقاق العتق كما يشترط بالاستيلاء. وقد قررنا هذا في العتق، كما أنه إذا سُدَّ

باب في المكاتب

قال أبو يوسف رحمه الله: وإذا كاتب الرجل المكاتب على نفسه، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: ماله لمولاه إذا لم يشترط المكاتب ذلك. وبه نأخذ ^(١). وكان ابن أبي ليلى يقول: المكاتب له المال وإن لم يشترط.

قال: وإذا قال المكاتب: قد عجزت وكسر مكاتبته ورده مولاه في الرق، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: ذلك جائز. وهذا نأخذ. وقد بلغنا عن عبد الله بن عمر أنه رد مكاتباً له حين عجز وكسر مكاتبته ^(٢) عند غير قاض. وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول: لا يجوز ذلك إلا عند قاض. وكذلك لو أتى القاضي فقال: قد عجزت، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يرده. وهذا نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: لا أردّه حتى يجتمع عليه نهران ^(٣)، قد حلا عليه في يوم حاصم إليه. ثم قال أبو يوسف بعد: لا أردّه حتى أنظر فإن كان نحوه قريباً وكان يرجي لم يعجل عليه.

قال: وإذا تزوج المكاتب ^(٤) أو وهب هبة أو أعتق عبداً أو كفل بكفالة أو كفل عنه

الاستيلاء من أحدهما في نصيبه لم يبطل ذلك بإعتاق الآخر كذلك إذا نفذ التدبير. وهذا لأن الولاء بالتدبير صار مستحقاً له حتى إذا أعتق بعد موته يكون ولاؤه له فلا يتمكن الآخر من إبطال هذا الولاء عليه.

(١) قلت: وهو قول محمد رحمه الله، وذلك لأن التدبير عندهما لا يتجزى كالعتق ويضم نصيب شريكه، موسراً كان أو معسراً لأنه صار مملوكاً على شريكه نصيبه وصحان التملك لا يختلف باليسار والإعسار.

(٢) وبه قال محمد. أفاده السرخسي، لأننا نقول: ما اكتسبه قبل عقد الكتابة ملك المولى فهو بصرلة مال آخر للمولى في يده فلا يستحقه المكاتب بمطلق الكتابة وهذا لأن الاستحقاق بالعتق إنما يثبت فيما يضاف إليه العقد وإنما أضيف العقد هنا إلى رقبته دون ماله فلا يستحق به المال كما في البيع ونحوه نسلم أنه بعقد الكتابة يمكنه من التصرف ولكن يمكنه من ذلك لساعته لا لتمامه وبعقد الكتابة يصير هو أحق بمنافع نفسه عندنا - السرخسي.

(٣) روى ابن أبي شيبة من طريق أبان الحلبي عن عطاء بن ابن عمر كاتب علاماً له على ألف دينار فأداها إلا مائة فردّه في الرق، المصنف (٣٩٤/٤).

(٤) قال السرخسي: وقول ابن أبي ليلى كقول أبي يوسف أنه لا يرد إلى شرف حتى خضع عنه نجرمان.

(٥) قال السرخسي: وعندنا لا يملك أن يزوج نفسه ولا عبده ونكر يملك أن يزوج أمته لما فيه من اكتساب المال، وبطلان كفالته عنه ليس بطريق أنه يسرع ولكن بطريق إعدام أهليه. لأن الكفالة

اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى

رجل لمولاه بالدي عليه، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: هذا كله باطل لا يجوز. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: نكاحه وكفالاته باطل وما تكفل به رجل عنه لمولاه فهو جائز. وأما عتقه وهبته فهو موقوف، فإن عتق أمضى ذلك، وإن رجع مملوكًا فذلك كله مردود ^(١).

وقال أبو حنيفة رحمه الله: كيف يجوز عتقه وهبته وكيف تجوز الكفالة عنه لمولاه؟ أرايت رجلا كفل لرجل عن عبده كفالة أليست باطلا؟ فكذلك مكاتبه. وهذا نأخذ. وبلغنا عن إبراهيم أنه قال: لا يجوز أن يكفل الرجل للرجل بمكاتبه عبده، لأنه عبده وإسا كفل له بماله ^(٢). وقال أبو حنيفة رحمه الله: إذا كان له مال حاضر فقال: أؤديه اليوم أو غدا، فإنه كان يقول: يؤجله ثلاثة أيام.

باب في العتق

قال أبو يوسف رحمه الله: وإذا قال الرجل لعبده: إن بعثك فأنت حر ثم باعه، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: لا يعتق، لأن العتق إنما وقع عليه بعد البيع وبعد ما خرج من ملكه وصار لغيره. وهذا نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: يقع العتق من مال البائع ويرد الثمن

التزام المال في الذمة عنده ولهذا يوجب براءة الأصل، وقيام الرق فيه يخرج من أن يكون أهلا لالتزام المال في ذمته عنده فلهذا قال: لا تنفذ كفالاته بعد ما عتق.

(١) قال السرخسي: فأما عندنا عتقه وهبته باطلان عجز أو عتق. لأن نفوذ هذا التصرف باعتبار حقيقة الملك والرق ينافي الأهلية لذلك. وأما كفالاته فلا تكون صحيحة ما لم يعتق فإذا عتق نفذ، بمنزلة كفالة العبد فإن ذمته حالص حقه ولكن الدين لا يجب في ذمة الرقيق إلا شاغلا مالية رفته وذلك حق المولى باعتبار أن تصرفه لا يفي محلا هو حقه كان صحيحا في حقه، وباعتبار أنه معلق بمالية المولى. قلنا: ثابتة تؤخر المطالبة عنه إلى حال العتق. ولو كفل إنسان عنه سدل الكتابة لمولاه لم يجز عندنا لأن الكفالة تستدعي دينًا صحيحًا وقيام الرق يمس وجوب دين صحيح للمولى على مملوكه. لأنه التزم للمطالبة والمطالبة بيد الكتابة لا تقوى في حق المكاتب ولهذا يملك أن يعجز نفسه.

(٢) أخرجه أبو يوسف في آثاره [ص ١٩١] عنه عن حماد عن إبراهيم أن رجلا تكفل لرجل بمال عن مكانه أن ذلك باطل، وكيف يجوز وإسا كفل بماله عن عبده؟ وأخرجه عنه في مقام آخر ولمنظرة: الكفالة عن المكاتب ليست بشيء لأنه كفل له ماله، وأخرجه محمد أيضًا في آثاره عنه أنه قال في الكفالة في المكاتب ليست بشيء إسا هو مالك كفل لك به، وذلك أنه لو عجز وقد أخذت من الكفالة بعض مكاتبته رد المكاتب في الرق ولم يكن لك ما أهدت، لأن ما أهدت منهم فهو ملك لهم وفي رقة عبدك، قال محمد: وبه نأخذ، إذا كفل الرجل الرجل بالمكاتبه عن مكانته فالكفالة باطلة، وهو قول أبي حنيفة رحمه الله.

على المشتري، لأنه حلف يوم حلف وهو في ملكه^(١). وكذلك لو قال البائع: إن كنت فلاناً فأنت حر فباعه ثم كلم فلاناً، فإن أبا حنيفة^{رحمته} كان يقول: لا يعتق، ألا ترى أنه قد خرح من ملك البائع الخالف؟ أرايت لو اعتقه المشتري أيرجع إلى الخالف وقد صار للمشتري؟ أرايت لو أن المشتري ادعاه وزعم أنه ابنه فأنت القاضي بسبه وهو رجل من العرب وجعله ابنه ثم كلم البائع ذلك الرجل الذي حلف عليه أن لا يكلمه أبطل دعوى هذا ونسبه ويرجع الولاء إلى الأول؟ وكان ابن أبي ليلى يقول في هذا: يرجع الولاء إلى الأول ويرد الثمن ويبطل النسب. وإذا قال الرجل لامرأته: أنت طالق إن كلمت فلاناً ثم طلقها واحدة بائنة أو واحدة، يملك الرجعة واقتضت عدتها ثم كلم^(٢) فلاناً، فإن أبا حنيفة^{رحمته} كان يقول: لا يقع عليه^(٣) الطلاق الذي حلف به، لأنها قد خرجت من ملكه، ألا ترى أنها لو تزوجت زوجاً غيره ثم كلم الأول فلاناً وهي عد هذا الرجل لم يقع^(٤) عليها الطلاق وهي تحت غيره. وبه يأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: يقع عليها الطلاق، لأنه حلف بذلك وهي في ملكه.

قال: وإذا قال الرجل: كل امرأة أتزوجها أبداً فهي طالق ثلاثاً وكل مملوك أملكه فهو حر لوجه الله تعالى فاشترى مملوكاً وتزوج امرأة، فإن أبا حنيفة^{رحمته} كان يقول: يقع العتق على المملوك والطلاق على المرأة، ألا ترى أنه طلق بعد ما ملك وأعتق بعد ما ملك؟ وقد بلغنا عن علي^{رحمته} أنه كان يقول: «لا طلاق إلا بعد نكاح، ولا عتق إلا بعد ملك»^(٥). فهذا إما وقع بعد الملك كله، ألا ترى أنه لو قال: إذا تزوجتها أو ملكتها فهي

(١) وهذا بناء على أصل مختلف فيه بيننا وبينه أن في اليمين بالطلاق والعناق عدداً يشترط قيام المملك عند وجود الشرط لحصوله الجزاء وعده لا يشترط ويحترق قيام المملك في المحل بالأهلية في المتصرف وذلك لا يشترط عد وجود الشرط حتى إن من قال لعبده: إن دخلت الدار فأنت حر ثم جن الخالف ثم رحد الشرط يقع الطلاق والعناق، ومعلوم أن تأثير الأهلية أكثر من تأثير المملك في المحل. فأما إذا كان يسقط اعتبار الأهلية عند وجود الشرط فلا أن يسقط اعتبار المملك في المحل أولى. ولكنا نقول: المتعلق بالشرط عند وجود الشرط كالمنجر فكما أن تحيز العتق لا يصح إلا عند قيام المملك في المحل فكذلك يزول الجزاء عند وجود الشرط، إلا أنه يصير كأنه منكر الكلام السابق، وذلك الكلام صح منه في حال إقامته والحنون إما ياتي الأهلية لتكتم بالطلاق والعناق على وجه يكون إيقاعاً في حقه وهذا غير معتبر عند وجود الشرط - السرخسي

(٢) كذا في الأصل. وفي الميسوط: «ثم كلمت» وكل محتمل.

(٣) كذا في الأصل ولعل الصواب عليها.

(٤) كذا في الأصل ولعله أيقع بهزة الاستفهام.

(٥) أخرجه ابن ماجه عن عبد الرزاق عن معمر عن جوير عن الضحاك عن النزال بن سبرة عن علي

اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى

طالق صارت طالقاً؟ وهذا نأخذ، ألا ترى أن رجلاً لو قال لأمنته: كل ولد تلدينه فهو حر ثم ولدت بعد عشر سنين كان حرّاً؟ فهذا عتق ما لم يملك، ألا ترى أن رجلاً لو كانت عده امرأة فقال لها: إن تزوجتك فأنت طالق ثلاثاً ثم طلقها واحدة مائة ثم تزوجها في العدة أو بعدها أن ذلك واقع عليها، لأنه حلف وهو يملكها ووقع الطلاق وهو يملكها؟ أرايت لو قال لعبد له: إن اشتريتك فأنت حر فباعه ثم اشتراه أما كان يعتق؟ وكان ابن أبي ليلى يقول: لا يقع في ذلك عتق ولا طلاق إلا أن يوقت وقتاً، فإن وقت وقتاً في سنين معلومة، أو قال: ما عاش فلان أو فلانة أو وقت مصرّاً من الأمصار أو مدينة أو قبيلة لا يتزوج ولا يشتري منها مملوكاً، فإن ابن أبي ليلى يوقع على هذا الطلاق. وأما قول أبي حنيفة رحمه الله فإنه يوقع في الوقت وغير الوقت. وقد بلغنا عن عبد الله ابن مسعود رضي الله عنه أنه قال: إذا وقت وقتاً أو قبيلة أو ما عاشت فلانة وقع ^(١). وإذا قال الرجل: إن وطئت فلانة فهي حرة فاشتراها فوطئها، فإن أبا حنيفة رضي الله عنه كان يقول: لا تعتق، من قبل أنه حلف وهو لا يملكها. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: تعتق فإن قال: إن اشتريتك فوطئتك فأنت حرة فاشتراها فوطئها، فهي حرة في قولهما جميعاً.

عنه مرفوعاً ولمطه: «لا طلاق قبل النكاح» ولم يذكر العتق.

وأخرج عن الرهري عن عروة عن المسور مرفوعاً: «لا طلاق قبل نكاح ولا عتق قبل ملك».

وأخرج البيهقي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن عبد الله بن عمرو رفعه قال: «لا طلاق إلا بعد نكاح ولا عتق إلا بعد ملك».

وروي عن اليماني عن أبي عيسى عن جابر رفعه: «لا رضاع بعد فصال، ولا يتم بعد احتلام، ولا عتق إلا بعد ملك، ولا طلاق إلا بعد نكاح».

وروي عن عمرو بن دينار عن طاوس عن معاذ بن جبل رفعه: «لا طلاق إلا بعد نكاح ولا عتق إلا بعد ملك» وروي عن الزبال عن مسروق عن علي قوله: «لا طلاق إلا بعد النكاح».

وروي مثله عن عروة عن عائشة.

وروي عن ابن جريج عن عطاء عن ابن عباس: «لا طلاق إلا بعد نكاح ولا عتاق إلا من بعد ملك».

(١) قال المولى على الفاري في شرح مختصر الوقاية: وقال مالك في المشهور عنه: إذا لم يسم امرأة بعينها أو قبيلة نحو قرشية أو أرضاً نحو مكة أو نحو هذا بأن قال: كل امرأة، من غير ريادة وصف هاتك، فليس يلزمه ذلك، لما في الموطأ أن عبد الله بن مسعود كان يقول ليس قال: كل امرأة فكبحها فهي طالق: إذا لم يسم قبيلة أو امرأة بعينها فلا شيء عليه. قال مالك: وهذا أحسن ما سمعت.

• رواه الترمذي (٤٨٦/٣)، وعبد الرزاق (٤١٧/٦)، (٤١٨، ٤١٩، ٤٢٠، ٤٢١)، والبخاري (٥/

٢٠١٧)، والحاكم (٢٢٢/٢)، وابن ماجه (٦٦٠/١)، والبيهقي (٣١٧/٧)، (٣٢١).

باب في العارية وأكل الغلة

قال أبو يوسف: وإذا أعار الرجل الرجل أرضاً يسي فيها ولم يوقت وقتاً ثم ساء له أن يخرجها منها بعد ما بنى، فإن أبا حنيفة عليه السلام كان يقول: نخرجه ^(١). ويقال للذي سى: انقض بناءك. وهذا تأخذ ^(٢).

وكان ابن أبي ليلي يقول: الذي أعاره صامن لقيمة السيان. والبناء للمعبر. وكذلك بلغنا عن شريح ^(٣). فإن وقت له وقتاً فأخرجه قبل أن يبلغ ذلك الوقت فهو صامن لقيمة البناء في قولهما ^(٤) جميعاً.

قال: وإذا أقام الرجل البينة على أرض ونخل فيها أبا له وقد أصاب الذي هي في يديه من غلة النخل والأرض والتمن، فإن أبا حنيفة عليه السلام كان يقول: الذي كانت في يديه ضامن لما أخذ من الثمرة. وبه تأخذ ^(٥).

وكان ابن أبي ليلي يقول: لا ضمان عليه في ذلك.

قال: وإذا زرع الرجل الأرض ^(٦)، فإن أبا حنيفة عليه السلام كان يقول: الزرع للذي كانت في يديه وهو ضامن لما نقصت الأرض في قول أبي حنيفة عليه السلام ويتصدق بالفصل ^(٧). وكان ابن أبي ليلي يقول: لا يتصدق شيء وليس عليه ضمان.

قال: وإذا أخذ الرجل أرض رجل إجارة سنة وعلمها وأقام فيها ستين، فإن أبا حنيفة عليه السلام كان يقول: هو صامن لما نقصت الأرض في السنة الثانية ويتصدق بالفصل

(١) وفي نسخة الأصل: إن شاء أخرجه.

(٢) وفي نسخة الأصل: وبه يأخذ أبو يوسف وعمر. والمسألة في العارية ص ١٤١ ج ١١ من مسوط السرخسي مع البسط والدلائل.

(٣) وفي نسخة الأصل: المسمودي عن القاسم عن شريح أنه قال: أبا رجل أد رجل أن يسي في ملكه ثم أخرجه ضمن البناء.

(٤) وفي بعض النسخ الأصل: في قولهم. والمسألة في العارية ص ١٤١ ج ١١ من المسوط وبها خلاف زفر ذكرها الجميع.

(٥) وفي بعض النسخ الأصل: وبه يأخذ أبو يوسف وعمر. والمسألة ذكرت في العارية ص ١٤٩ ج ١١ من مسوط السرخسي قال: ولكننا نقول: الثمرة عين مال متقوم دليل جوار بينهما وهي مملوكة لصاحب الشجرة لتولدها من ملكه فيكون المصعب صامناً لماله بالإتلاف كولد الإجارة والحمل في النشأة إذا أتلفها.

(٦) وفي نسخة من الأصل: وإذا غصب الرجل الأرض فزرعها.

(٧) وفي نسخة من الأصل زاد: هو قول عمر.

اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى

ويعطي أجر السنة الأولى^(١). وكان ابن أبي ليلى يقول: عليه أجر مثلها في السنة الثانية. قال: وإذا وجد الرجل كنزاً قديماً في أرض رجل أو داره، فإن أبا حنيفة عليه السلام كان يقول: هو لرب الدار وعليه الخمس وليس للذي وحده منه شيء^(٢). وكان ابن أبي ليلى يقول: هو للذي وحده وعليه الخمس^(٣) ولا شيء لصاحب الدار والأرض فيه. وبه نأخذ، والله أعلم.

باب في الأجير والإجارة

قال أبو يوسف عليه السلام: وإذا اختلف الأجير والمستأجر في الأجرة، فإن أبا حنيفة عليه السلام كان يقول: القول قول المستأجر مع يمينه إذا عمل العمل. وهذا نأخذ^(١). وكان ابن أبي ليلى يقول: القول قول الأجير فيما بينه وبين أجر مثله إلا أن يكون الذي ادعى أقل فيعطيه إياه، وإن لم يكن عمل العمل تحالفاً وتراداً في قول أبي حنيفة عليه السلام، وينبغي كذلك في قول ابن أبي ليلى. وقال أبو يوسف بعد: إذا كان شيء متقارب قبلت قول المستأجر وأحلفته، وإذا تفاوت لم أقبل وأحمل للعامل أجر مثله إذا حلف.

قال: وإذا استأجر الرجل بيتاً شهراً يسكنه فسكنه شهرين أو استأجر دابة إلى مكان

(١) وهو قول محمد. أفاده في الأصل.

(٢) وهو قول الإمام محمد كما ذكره في الأصل.

(٣) وفي نسخة: ويخس، وكذا في الحرف الذي قبله. والمسألة في حتم كتاب الإجارة من الميسوط.

(٤) وبه قال محمد. والمسألة في كتاب الإجارة من الميسوط ص ٩٣ ج ١٥ قال: ولو اختلفا في الأجر وقد عمله عملاً على ما وصفه له، فإن أقاما البيعة فالبيعة بية العامل، لأنه يشيت الريادة في حقه وهو الأجير فترجع بيته بذلك، وإن قال رب الخف: عملته لي بغير أجر، وقال العامل: عملته بدرهم ولا بية بينهما، فعلى رب الخف اليمين لله ما شارطه على درهم، لأن العامل يدعي عليه الدرهم ديناً في الزمة وهو مسكر فالقول قول المنكر مع اليمين، فإذا حلف غرم له ما زاد النعل في حقه بعد أن يحلف العامل على دعواه أنه عمل له بغير أجر، لأن رب الخف يدعي عليه هبة النعل، وهو لو أقر به لزمه فإذا أنكر يحلف عليه، وإذا حلف انتفى ما ادعى كل واحد منهما من العقد يقي نعله متصلاً بحف الغير يادن صاحب الخف فتجب قيمته، لاحتباس ملك الغير عنده، ولا يجب أجر النعل لأن المصفعة لا تقوم إلا بالعقد والتسمية وقد انتفى ذلك، فأما العين متقوم بنفسه، ولو أقاما البيعة أحدث بيته العامل، لإثباته الريادة، إلى أن قال: ولو اختلف القصار ورب الثوب في مقدار الأجرة، فإن لم يكن أحد في العمل تحالفاً وتراداً، لأن الإجارة نوع بيع وقد ورد النص بالتحالف عند اختلاف المتبايعين في البذل فيعم ذلك أنواع البيع، ثم قال: وإن كان قد فرغ من العمل فالقول قول رب الثوب، إلى أن قال: ولو كان الاختلاف بينهما بعد ما أقام بعض العمل، ففي حصة ما أقام القول قول رب الثوب مع يمينه، وفي حصة ما بقي يتحالفاً اعتباراً للبعض بالكل، إلى أن قال: وعلى قول ابن أبي ليلى القول قول الأجير إلى أجر مثله كما في مسألة الصباغ الخ.

فجاوز بها ذلك المكان^(١)، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: الأجر فيما سمي ولا أجر فيما لم يسم، لأنه قد خالف وهو ضامن حين خالف ولا يجمع عليه الضمان والأجرة. وهذا نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: له الأجر فيما سمي، وفيما خالف إن سلم، وإن لم يسلم ذلك ضمن ولا تجعل عليه أجراً في الخلاف إذا ضمنه.

قال: وإذا تكرار الرجل دابة ليحمل عليها عشرة مخاتيم^(٢) فحمل عليها أكثر من ذلك عطيت الدابة، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: هو ضامن قيمة الدابة بحساب ما راد عليها وعليه الأجر تاماً إذا كانت قد بلغت المكان. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: عليه قيمتها تامة ولا أجر عليه^(٣).

قال: وإذا غرقت السفينة الملاح فغرق الذي فيها وقد حمله بأجر فغرقت في مده أو معالجته السفينة، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: هو ضامن. وبه نأخذ^(٤). وكان ابن أبي ليلى يقول: لا ضمان عليه في المد خاصة.

(١) وعند السرخسي: ثم عطيت بعد ضمن قيمتها عندنا ولم يسقط عنه الأجر، وعلى قول ابن أبي ليلى ليس عليه شيء من الأجر. قال: لأن الأجر والضمان لا يجتمعان وقد تقرر عليه الضمان، ولأنه بالضمان ملك المصمون، ولا يوجب عليه الأجر بسبب الانتفاع بملك نفسه، ولكننا نقول: لما انتهى العقد نهاية وتقرر الأجل ديناً في ذمته ثم بالمخاطرة صار غاصباً صاماً فلا يسقط عنه الأجر بذلك، بمنزلة ما لو أوردنا على صاحبها ثم عصبها منه، وهذا لأن الملك بالضمان إنما يثبت له من وقت وجوب الضمان عليه وذلك بعد المخاطرة. والأجر إنما لزمه بمقابلة ما بيع استوفاه قبل ذلك. قلت: وذكر المسألة في الإجارة في (ص ١٥١ ح ١٥) أيضاً وقال معذراً لها: لأنه غاصب في السكنى، والمنافع لا تقوم إلا بالعقد، وعند ابن أبي ليلى أجر مثله في الشهر الثاني. وقد بينا نظيره في العارية، وذكرت في ص ١٧٣ من هذا الجزء أيضاً وقال فيها: لم يضمن عند الإمام في قوله الأول ثم رجع.

(٢) المختوم: الصاع بعينه عن أبي عبيد، ويشهد له حديث الخدري: «الوسق ستون مختوماً» - من المغرب.

(٣) قال في باب ما يضمن فيه الأجير ص ١٢ ج ١٦ من المبسوط: ولو تكرار دابة ليحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فحمل عليها خمسة عشر مختوماً فلما بلغ المقصد عطيت الدابة فعينه الأجر كاملاً، لاستيفاء المعقود عليه بكامله وهو ضامن ثلث قيمتها بقدر ما زاد، وقد بينا هذا في العارية وذكرنا الفرق بينه وبين الجناية في بني آدم أن المعتبر هناك عدد الجناية في حق ضمان النفس الخ.

(٤) قال في المبسوط (ص ١٠ ح ١٢): قال أبو حنيفة في الملاح إذا أخذ الأجر فإن غرقت السفينة من ربح أو موج أو شيء وقع عليها أو جبل صدمته فلا ضمان على الملاح، لأن انتفع ما حصل من عمله. وإن غرقت من مده أو معالجته أو حذقه فهو ضامن. لأن هذا من جناية مده والملاح أجير مشترك.

باب القسمة

قال أبو يوسف رحمه الله: وإذا كانت الدار صغيرة بين اثنين أو شقص قليل في دار لا يكون بيتاً، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: أيهما طلب القسمة وأبى صاحبه قسمت له، ألا ترى أن صاحب القليل ينتفع بنصيب صاحب الكثير؟ وهذا نأخذ^(١). وكان ابن أبي ليلى يقول: لا يقسم شيء منها.

باب الصلاة

قال أبو يوسف رحمه الله: وإذا أتى الرجل إلى الإمام في أيام التشريق وقد سبقه بركة نسلم الإمام عند فراغه، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: يقوم الرجل فيقضي ولا يكبر معه، لأن التكبير ليس من الصلاة إنما هو بعدها. وبه نأخذ^(٢). وكان ابن أبي ليلى يقول: يكبر ثم يقوم فيقضي.

قال: وإذا صلى الرجل في أيام التشريق وحده أو المرأة، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: لا تكبير عليه ولا تكبير على من صلى في جماعة في غير مصر جامع ولا تكبير على المسافرين. وكان ابن أبي ليلى يقول: عليهم التكبير. أخبرنا أبو يوسف عن عبيدة^(٣) عن إبراهيم أنه قال: التكبير على المسافرين وعلى المقيمين وعلى الذي يصلي وحده وفي

(١) قال السرخسي في القسمة (ص ١٣ ح ١٥): فإن كانت دار بين رجلين ولأحدهما فيها بعض قليل لا ينتفع به إذا قسم فأراد صاحب الكثير القسمة قسمها بينهم وإن أبى ذلك صاحب القليل عدداً.

وقال ابن أبي ليلى رحمه الله لا يقسمها، وكذلك إن كان سائر الشركاء لا ينتفعون بأنصابتهم إلا هذا الواحد الطالب للقسمة فإنه يقسمها بينهم، وإن كان الطالب صاحب القليل لم يقسمها إذا كان لا ينفع بصيبه بعد القسمة وعلى قول ابن أبي ليلى لا يقسمها عند إباء بعضهم إلا إذا كان كل واحد منهم ينتفع بصيبه بعد القسمة. ثم احتج لكل القولين.

(٢) قال في المسوط (ج ٢ ص ٤٥): والمسوق يتابع الإمام في سجود السهو، لأنه مؤدى في حرمة الصلاة ولا يتابعه في التكبير والتلبية لأنها غير مؤداة في حرمة الصلاة. وعلى هذا إذا سبى الإمام سجود السهو لم يسجد القوم لأنه مؤدى في حرمة الصلاة فكانوا مقتدين به لا يأتون به دونه، وإذا نسى التكبير أو التلبية أو تركهما متأولاً لم يترك القوم لأها غير مؤداة في حرمة الصلاة.

(٣) هو عبيدة مصغراً ابن معتب بكسر المشاة الصبي أبو عبد الرحيم، وفي نسخة عبد الكريم الكوفي. روى عن إبراهيم النخعي وأبي وائل، وعنه شعبة وهشيم. قال ابن عدي: مع ضعفه يكتب حديثه. علق البخاري فرد حديث. وروى له أبو داود والترمذي وابن ماجه.

اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى

٤٦١

جماعة، وعلى المرأة. وبه تأخذ^(١). حدثنا بحال^(٢) عن عامر مثله.

قال: وإذا أدرك الإمام وهو راكع ففكر معه ثم لم يركع حتى رفع الإمام رأسه. فإن أبا حنيفة عليه السلام كان يقول: يسجد معه ولا يعتد بتلك الركعة. أخبرنا بذلك^(٣) عن الحسن عن الحكم عن إبراهيم. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: يركع ويسجد ويحتسب بذلك من صلاته^(٤).

(١) قال في المبسوط ج ٢ ص ٤٤: وقال أبو يوسف ومحمد: كل من يصلي مكتوبة في هذه الأيام فعليه التكبير مسافراً كان أو مقيماً في المصر أو القرية رجلاً أو امرأة في الجماعة أو وحده. وهو قول إبراهيم، لأن هذه التكميرات في حق غير الحاج بمسئلة التلبية في حق الحاج، وفي انفسه لا تراعى هذه الشروط فكذلك في التكميرات، وأبو حنيفة احتج بما روي «لا جمعة ولا تشريق إلا في مصر جامع» قال الخليل والنصر بن شميل: التشريق في الجمعة التكبير، ولا يجوز أن يحمل على صلاة العيد فقد قال في حديث علي عليه السلام: «لا جمعة ولا تشريق ولا فطر ولا صحن إلا في مصر جامع» فقد ثبت في الحديث أنه بمسئلة الجمعة في اشتراط المصر فيه، وكذلك في اشتراط الذكورة والإقامة والجماعة، ولهذا لم يشترط أبو حنيفة فيه الحرية كما لا يشترط في صلاة الجمعة.

(٢) هو بحال بن سعيد بن عمير الحمدي أبو عمرو الكوفي أحد الأعيان، روى عن الشعبي وأبي الوداك وطائفة. وعنه ابنه إسماعيل والثوري وابن المبارك وخلق. ضعفه ابن معين. وقال ابن عدي: عامة ما يرويه غير عقوط. وقال السائي: ثقة وعنه ليس بالقوي. روى له مسلم مقروناً والأربعة. مات سنة ١٤٤.

(٣) أي أبو يوسف. وهذه مقولة الإمام محمد راوي الكتاب، والحسن هو ابن عمارة والحكم هو ابن عتيبة.

قلت: روى البيهقي من طريق علي بن عاصم عن خالد الخذاء عن علي بن الأثير عن أبي الأحوص عن عبد الله يعني ابن مسعود قال: من لم يدرك الإمام راكعاً لم يدرك تلك الركعة. وروى عن الوليد بن مسلم عن مالك وابن جريح عن نافع أنه كان يقول: من أدرك الإمام راكعاً فركع قبل أن يرفع الإمام رأسه فقد أدرك تلك الركعة.

وروي عن أبي هريرة مرفوعاً «من أدرك ركعة من الصلاة فقد أدركها قبل أن يقيم الإمام صله» وروى عن شعبة عن عبد العزيز ابن ربيع عن رجل مرفوعاً: «إذا جثتم والإمام راكع فأركعوا، وإن كان ساجداً فاسجدوا ولا تعتدوا بالسجود إذا لم يكن معه الركوع» وفي رواية «من لم يدرك الركعة لم يدرك الصلاة» وفي رواية عن أبي هريرة رفعه: «إذا جثتم ونحى مسجوداً فاسجدوا ولا تعتدوا شيئاً، من أدرك الركعة فقد أدرك الصلاة».

(٤) قال الإمام السرخسي في مبسوطه محتجاً لابن أبي ليلى: لأن حالة الركوع بمسئلة حانة القيام، دون القائم إما بفارق القاعد في استواء النصف الأسفل منه دون النصف الأعلى. والراكع في هذا والمنصف سواء، ولهذا لو ركع معه كان مدركاً للركعة فكان إدراكه إياه في حانة الركوع وإدراكه في حالة القيام سواء، ولو أدركه قائماً ثم سبقه الإمام بالركوع والسجود فلا يتابعه يركع ويسجد ويكون مدركاً للركعة فكذلك هذا. ولكنا نقول: شرط إدراك الركعة أن يشارك الإمام في حقيقة القيام أو فيما هو مشبه بالقيام وهو الركوع حتى يكون مدركاً للركعة، فإذا رفع الإمام

اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى

وكان أبو حنيفة رحمه الله ينهى عن القنوت في الفجر. وبه نأخذ^(١).
ويحدث به عن رسول الله ﷺ أنه لم يقنت إلا شهراً واحداً حارب حياً من
المشركين فقتل يدعو عليهم^(٢)، وأن أبا بكر رضي الله عنه لم يقنت حتى لحق بالله عز وجل، وأن

رأسه قبل أن يركع هو فقد انعدمت المشاركة بينهما في القيام أو فيما هو مشبه بالقيام وهو
الركوع، فإذا أدركه قائماً فقد شاركه في حقيقة القيام وكان مدركاً للركعة. وأما إذا أدركه راكعاً
فهو لم يشاركه في حقيقة القيام فلا بد أن يشاركه فيما هو مشبه بالقيام وهو الركوع حتى يكون
مدركاً للركعة، فإذا رفع الإمام رأسه قبل أن يركع فقد انعدمت المشاركة بينهما في القيام وفيما
هو مشبه للقيام فلا يعتمد تلك الركعة، كما لو أدرك في السجود، إلى أن قال: وأما إذا ركع قبل
أن يرفع الإمام رأسه فهو مشارك للإمام في القيام والركوع جميعاً، أما في الركوع فلا يشك، وفي
القيام لأن حالة الركوع كحالة القيام، فهذا الحرف يقع الفرق بين الفصلين.

(١) قلت: وهو قول الإمام محمد، وقول جميع أصحابنا لا يجوزون القنوت في صلاة الصبح إلا في
النازلة.

(٢) قلت: رواه أبو يوسف في كتاب الآثار عنه عن حماد عن إبراهيم مرسلًا، وكذلك عن إبراهيم عن
علقمة عن عبد الله رضي الله عنه موصولًا، والمرسل أخرجه الإمام محمد أيضًا في آثاره. والموصول أخرجه
الخارثي أيضًا والأشعري وابن خسر عن الأشعري من طريق الإمام أبي يوسف عنه وأخرجه طلحة
وابن خسر عنه عن أنان بن أبي عياش عن إبراهيم عن علقمة عن عبد الله، وأخرجه الخارثي من
طريق محمد بن بشر عنه عن عطية العوفي عن أبي سعيد الخدري عن النبي ﷺ «أنه لم يقنت إلا
أربعين يومًا يدعو على عصية وذكوان، ثم لم يقنت إلى أن مات».

قلت: حديث الدعاء على عصية ورغل وذكوان أخرجه البخاري ومسلم وأصحاب السنن عن
أنس وغيره، وأما فعل أبي بكر فأخرجه أبو يوسف في آثاره عن حماد عن إبراهيم أن أبا بكر رضي الله عنه
لم يقنت حتى لحق بالله تعالى.

وأخرجه الأشعري وابن خسر عنه من طريق أبي عبد الرحمن المقرئ عنه عن حماد عن إبراهيم عن
علقمة: ما قنت أبو بكر في الفجر حتى لحق بالله عز وجل، وأخرجه عنه عن حماد عن إبراهيم
بلفظ: ما قنت أبو بكر ولا عمر ولا علي حتى حارب أهل الشام فكان يقنت.

وأما حديث ابن مسعود فأخرجه الإمام محمد في آثاره عنه عن حماد عن إبراهيم أن ابن مسعود لم
يقنت هو ولا أحد من أصحابه حتى فارق الدنيا، يعني في صلاة الفجر.

وأما حديث عمر رضي الله عنه فأخرجه أبو يوسف ومحمد في آثارهما عنه عن حماد عن إبراهيم عن
الأسود قال: صحبت عمر رضي الله عنه سنتين لم أراه قائماً في سفر ولا حضر وأخرجه الحسن بن زياد في
مسنده عنه وابن خسر من طريق الحسن عنه، وأخرجه أبو يوسف أيضًا في آثاره عنه عن عبد
الملك بن ميسرة عن زيد بن وهب أن عمر كان يقنت إذا حارب ويدع القنوت إذا لم يحارب.

وأخرجه طلحة بن محمد أيضًا من طريق أبي يوسف عنه وابن خسر من طريق أبي مطيع النخعي
عن شريك بن عبد الله عنه. وأخرجه الطحاوي من طريق أبي شهاب الحياطي عنه.

وأخرجه من طريق مسعر عن عبد الملك بن ميسرة عن زيد بن وهب عنه أنه ربما قنت وربما لم
يقنت. وأما حديث ابن عباس فلم أجده من أخرجه عن الإمام.

اختلاف أبي حذيفة وابن أبي ليلى

٤٦٣

ابن مسعود رضي الله عنه لم يفت في سمر ولا في حضر، وإن عمر بن الخطاب رضي الله عنه لم يفت، وإن ابن عباس رضي الله عنه لم يفت، وإن عبد الله ابن عمر رضي الله عنه لم يفت وفار. يا أهل العراق أنتت أن إمامكم يقوم لا قارئ قرآن ولا راكع، يصي بذلك الفسوق، وإن علياً رضي الله عنه قنت في حرب يدعو على معاوية فأخذ أهل الكوفة معه ذلك، وقنت معاوية رضي الله عنه بالشام يدعو على علي رضي الله عنه فأخذ أهل الشام عنه ذلك.

وكان ابن أبي ليلى يرى القنوت في الركعة الأخيرة بعد القراءة وقبل الركوع في الفجر، ويروى ذلك عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قنت هاتين السورتين: اللهم إني

وأخرجه الإمام محمد في المحجة عن أبي يوسف عن حصين عن عمرو بن الحارث السلمي قال: صليت مع ابن عباس الصبح مراراً فلم يفت.

وأخرجه عن أبي إسرائيل إسماعيل بن إسحاق عن طلحة بن مصرف عن مجاهد عن ابن عمر وابن عباس أنهما كانا لا يفتان.

وأخرجه الطحاوي في معاني الآثار من طريق الثوري عن واقد عن سعيد بن جبيرة قال: صليت خلف ابن عمر وابن عباس فكانا لا يفتان في صلاة الصبح.

وأخرجه من طريق زائدة عن منصور عن مجاهد أو سعيد أن ابن عباس كان لا يفت في صلاة الفجر.

ورواه من طريق هشيم عن حصين عن عمران بن الحارث السلمي قال: صليت خلف ابن عباس في داره الصبح فلم يفت قبل الركوع ولا بعده.

ورواه عن شعبة عن حصين عن عمران: صليت خلف ابن عباس الصبح فلم يفت. وأما حديث ابن عمر فأخرجه أبو يوسف ومحمد في آثارهما عنه عن الصلت بن هرام عن حوط عن أبي الشعثاء عنه.

وأخرجه الأشناني أيضاً من طريق أبي يوسف عنه وطلحة بن محمد في مسنده من طريق عبد الله بن الزبير عنه بالسند المذكور.

وأما حديث علي رضي الله عنه فمر تحريجه في ضمن حديث أبي بكر رضي الله عنه. وأخرجه أبو يوسف أيضاً في آثاره عنه عن حماد عن إبراهيم أن علياً رضي الله عنه قنت يدعو على معاوية رضي الله عنه حين حاربه فأخذ أهل الكوفة معه، وقنت معاوية يدعو على علي فأخذ أهل الشام معه. وكذلك أخرجه محمد في آثاره عنه *.

انظر: الدراية في تخريج أحاديث الهداية للحافظ (١/١٩٤)، وتلخيص الحبير (١/٢٤٥). ونصب الراية للزيلعي (٢/١٢٧، ١٢٨)، وشرح معاني الآثار للطحاوي (١/٢٤٣، ٢٤٥)، واللس الكبير للبيهقي (٢/٢١٣)، واختلاف الحديث للإمام الشافعي (ص ٢٣٧)، وحلية العلماء نفعال (١١/٢) وروضة الطالبين للثوري (١/٢٢٣)، والمجموع له (٣/٤٥٨) وشرح مسلم له أيضاً (٥/١٧٦).

اختلاف أبي حنيفة وأبي ليلي

نستعيناك وتستغفرك، تنني عليك الخير، ونشكرك ولا نكفرك، ونخلع ونترك من يصحرك. اللهم إياك بعدد، ولك نصلي ونسجد، وإليك نسعى ونحفد، ونرجو رحمتك ونحشى عذابك، إن عذابك بالكفار ملحق. وكان يحدث عن ابن عباس عن عمر رضي الله عنهم بهذا الحديث^(١)، ويحدث عن علي رضي الله عنه أنه قنت^(٢).

باب صلاة الخوف

قال أبو يوسف رضي الله عنه: وكان أبو حنيفة رضي الله عنه يقول في صلاة الخوف^(٣): يقوم الإمام

(١) قلت: رواه الطحاوي في معاني الآثار عن سعيد بن منصور عن هشيم عن ابن أبي ليلي عن عطاء عن عبد بن عمير قال: صليت خلف عمر رضي الله عنه صلاة الغداة فقتت فيها بعد الركوع وقال في قنوته: اللهم إنا نستعينك. إلى آخر الحديث بلفظ الكتاب.

ورواه عن سعيد عن هشيم عن حصين عن ذر بن عبد الله الحمداني عن سعيد بن عبد الرحمن بن أبي رز عن أبيه أنه صلى خلف عمر ففعل مثل ذلك إلا أنه قال: «وتنني عليك ولا نكفرك، ونحشى عذابك إن عذابك الجدة».

ورواه عن وهب بن جرير عن شعبة عن عدة بن أبي لبابة عن سعيد بن عبد الرحمن بن أبي رز عن أبيه أن عمر قنت في صلاة الغداة قبل الركوع بالسورتين.

وروي عن وهب عن شعبة عن الحكم عن مقسم عن ابن عباس عن عمر رضي الله عنه أنه كان يقنت في صلاة الصبح بسورتين: اللهم إنا نستعينك، واللهم إياك نعبد.

وروي عن همام عن قتادة عن أبي رافع قال: صليت خلف عمر بن الخطاب صلاة الصبح فقرا بالأحزاب فسمعت قنوته وأما في آخر الصفوف.

وروي عن سفيان وإسرائيل عن محارق عن طارق بن شهاب قال: صليت خلف عمر صلاة الصبح فلما فرغ من القراءة في الركعة الثانية كبر ثم قنت ثم كبر فركع.

(٢) وأخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار [٢٤٥/١] من طريق هشيم عن عطاء بن السائب عن أبي عبد الرحمن عن علي أنه كان يقنت في صلاة الصبح قبل الركوع. ورواه من طريق ابن معقل عنه.

(٣) قال الإمام السرخسي في مبسوطه ج ٢ ص ٤٥: أعلم أن العلماء اختلفوا في صلاة الخوف في فصول: أحدها: أنه مشروع بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم في قول أبي حنيفة وعمر. وقال أبو يوسف أولا كذلك ثم رجع فقال: كانت في حياته خاصة ولم ينب مشروعاً بعده. هكذا ذكره في نوادر أبي سليمان لقوله تعالى: ﴿وَإِذَا كُنْتَ فِيهِمْ فَأَقَمْتَ لَهُمُ الصَّلَاةَ﴾ فقد شرط كونه فيهم لإقامة صلاة الخوف، ولأن الناس كانوا يرجعون في الصلاة خلفه ما لا يرغبون في الصلاة خلف غيره، فشرع بصفة الذهاب والنجي لئلا كل فرقة فضيلة الصلاة خلفه، وقد ارتفع هذا المعنى بعده. وكل طائفة يتمسكون من أداء الصلاة بإمام على حدة فلا يجوز لهم أدائها بصفة الذهاب والنجي. قال الإمام الطحاوي: وهذا القول عندنا ليس بشيء، لأن أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم قد صلوا بعده، قد صلاها حذيفة بطبرستان، وما في ذلك فأشهر من أن يحتاج إلى أن نذكره ههنا، فإن احتج في

وتقوم معه طائفة فيكبرون مع الإمام ركعة وسجدة وسجدون معه فيعتلون من غير أن يتكلموا حتى يقفوا بإزاء العدو ثم تأتي الطائفة التي كانت بإزاء العدو فيستقلون التكبيرة يصلي بهم الإمام ركعة أخرى وسجدة ويسلم الإمام فيعتلون هم من غير تسليم ولا يتكلموا فيقوموا بإزاء العدو وتأتي الأخرى فيصلون ركعة وحداً ثم يسلمون. وذلك لقول الله عز وجل: ﴿وَلَتَأْتِ طَائِفَةٌ أُخْرَى لَمْ يُصَلُّوا فَلْيُصَلُّوا مَعَكَ﴾. وكذلك بلغنا عن عبد الله بن عباس وإبراهيم النخعي^(١).

وكان ابن أبي ليلى يقول: يقوم الإمام والطائفتان جميعاً إذا كان العدو بينهم وبين القبلة فيكبر ويكبرون ويركع ويركعون جميعاً ويسجد الإمام والصف والأول ويقوم الصف الآخر في وجوه العدو، فإذا رفع الإمام رفع الصف الأول رعوهم وقاموا وسجد الصف المؤخر، فإذا فرغوا من سجودهم قاموا ثم تقدم الصف المؤخر، وتأخر الصف الأول فيصلّي بهم الإمام الركعة الأخرى كذلك^(٢) ويحدث بذلك ابن أبي ليلى عن

ذلك بقوله تعالى: ﴿وَإِذَا كُنْتَ فِيهِمْ فَأَقَمْتَ لَهُمُ الصَّلَاةَ...﴾ الآية فقال: إنا أمر بذلك إذا كان فيهم فإذا لم يكن فيهم انقطع ما أمر به من ذلك، قبل له: فقد قال عز وجل: ﴿خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِمْ بِهَا وَصَلِّ عَلَيْهِمْ...﴾ الآية فكان الخطاب بها له، وقد أجمع أن ذلك معمول به من بعده كما كان يعمل به في حياته. ولقد حدثني أحمد بن أبي عمران أنه سمع أبا عبد الله محمد بن شعاع الثلجي يعيب قول أبي يوسف هذا ويقول: إن الصلاة مع النبي ﷺ وإن كانت أفضل من الصلاة مع الناس جميعاً فإنه لا يجوز لأحد أن يتكلم فيها بكلام يقطعها ولا ينفي أن يفعل فيها شيئاً لا يفعله في الصلاة مع غيره وأنه يقطعها ما يقطع الصلاة خفف غيره من الأحداث كلها، فلما كانت الصلاة خلفه لا يقطعها الذهاب والمجيء واستدبار القبلة إذا كانت صلاة خوف، كانت خلف غيره كذلك أيضاً - شرح معاني الآثار ج ١ ص ١٨٩.

(١) أخرجهما أبو يوسف ومحمد في آثارهما. أما حديث ابن عباس فعن الإمام عن الحارث عن عبد الرحمن عنه، وأخرجه محمد في كتاب الحجة أيضاً. وأما أثر إبراهيم فأخرجه عنه عن حماد عن إبراهيم. قلت: روى أبو داود والطحاوي والبيهقي عن سفيان عن خصيف عن أبي عميرة عن ابن مسعود مرفوعاً نحو ما روى الإمام عن إبراهيم. وروى عن ابن عمر مرفوعاً نحوه أخرجه مالك والسنن والطحاوي والبيهقي. وروى أبو داود عن عبد الرحمن ابن سرة أنه صلى في عروة كاس نحوه. وروى عن زيد بن ثابت على ما رواه أبو داود والطحاوي والبيهقي قريباً مما يمكن أن يحمل على ما رواه ابن مسعود، وكذلك صلى بهم سعيد بن العاص بطرستان حين غسه حديقه. ورواه الطحاوي وغيره.

(٢) قال في المبسوط ج ٢ ص ٤٦: وكان ابن أبي ليلى يقول: إذا كان العدو في ناحية القبلة جعل الناس صفين وانتح الصلوة بهم جميعاً، فإذا ركع الإمام ركعوا معه، وإذا سجد الإمام سجد معه الصف

اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى

عطاء بن أبي رباح عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما عن رسول الله ﷺ: «وكان ابن أبي ليلى يقول: إذا كان العدو في دير القبلة قام الإمام وصف معه مستقبل القبلة والصف الآخر مستقبل العدو ويكبر ويكبرون جميعاً ويركع ويركعون جميعاً ثم يسجد الصف الذي مع الإمام سجدتين ثم يفتلون فيستقبلون العدو ويجيء الآخرون فيسجدون ويصلي بهم الإمام الركعة الثانية فيركعون جميعاً ويسجد معه الصف الذي معه ثم يفتلون فيستقبلون العدو ويجيء الآخرون فيسجدون ويقرعون ثم يسلم الإمام وهم جميعاً.

قال: وإذا جهر الإمام في صلاة لا يجهر فيها بالقراءة عمداً، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: قد أساء وصلاته تامة. وكان ابن أبي ليلى يقول: يعيد بهم الصلاة. قال: وإذا صلى الرجل أربع ركعات بالليل ولم يسلم فيها، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: لا بأس بذلك. وكان ابن أبي ليلى يقول: أكره ذلك له حتى يسلم في كل ركعتين. وبه نأخذ^(١).

الأول، والصف الثاني قيام يحرسونه، وإذا رفعوا رعوهم سجد الصف الثاني والصف الأول قعود يحرسونه فإذا رفعوا رعوهم سجد الإمام السجدة الثانية وسجد معه الصف الأول والصف الثاني قعود يحرسونهم، فإذا رفعوا رعوهم سجد الصف الثاني والصف الأول قيام يحرسونهم، فإذا رفعوا رعوهم تأخر الصف الأول وتقدم الصف الثاني فصلى بهم الركعة الثانية بهذه الصفة أيضاً، فإذا قعد وسلم سلموا معه. واستدل بحديث أبي عياش الزرقني رحمه الله أن النبي ﷺ صلى صلاة الخوف بعثمان بن عفان هذه الصفة، وأبو يوسف يجوز صلاة الخوف بهذه الصفة لأنه ليس فيها دهاب وعي. وعندها إذا كان العدو في ناحية القبلة، فإن صلوا بهذه الصفة أجراًهم وإن صلوا بصفة الذهاب والمجيء كما يبا أجزأهم، لأن ظاهر الآية شاهد لذلك قال الله تعالى: ﴿وَلَقَدْ أَتَيْنَاكَ بِالْبَيِّنَاتِ﴾.

(١) وأخرجه البيهقي من طريق عبدة ويحيى بن سعيد القطان عن عبد الملك عن عطاء عن جابر. وأخرجه أبو داود والطحاوي والبيهقي من طريق أبي الزبير عن جابر. وأخرجه أبو داود والطحاوي والبيهقي عن مجاهد عن أبي عياش الزرقني رحمه الله مثل حديث جابر.

(٢) قلت: وهو قول الإمام محمد أيضاً، قال في الميسوط ج ١ ص ١٥٨: والأربع أحب إلي. وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله، فأما عندهما فالأفضل ركعتان لحديث ابن عمر رضي الله عنهما قال رسول الله ﷺ: «صلاة الليل مثنى مثنى ففي كل ركعتين تسلم» واستدلوا بالتراخي، فإن الصحابة اتفقوا على أن كل ركعتين منها بتسليم، فدل ذلك أنصل. ولما ما روي عن عائشة رضي الله عنها أنها سئلت عن قيام رسول الله ﷺ في ليالي رمضان فقالت: كان قيامه في رمضان وغيره سواء، كان يصلي بعد العشاء أربع ركعات لا تسأل عن حسن وطوئ، ثم أربعاً لا تسأل عن حسن وطوئ، ثم كان يوتر بثلاث. ولأن في الأربع بتسليم معنى الوصل والتتابع في العادة فهو أنصل. والتطوع نظير الفرائض والفرض في صلاة الليل العشاء وهي أربع بتسليم فكدلك السمل. وأما

اختلاف أبي حنيفة وأبي ليلى

٤٦٧

قال: وكان أبو حنيفة رحمه الله يكره على الجنائز أربعاً. وكان ابن أبي ليلى يكره حملاً على الجنائز ^(١).

قال: وكان أبو حنيفة رحمه الله يكره أن يجهر بـ "بسم الله الرحمن الرحيم". وكان ابن أبي ليلى يقول: إذا جهرت فحسن، وإذا أخفيت فحسن ^(٢).

قال: وذكر عن ابن أبي ليلى عن رجل توضأ ومسح على عفيه من حدث ثم نزع الخفين قال: يصلي كما هو، وحدث بذلك عن الحكم عن إبراهيم. وذكر أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم أنه قال: لا يصلي حتى يغسل رجله ^(٣) وبه يأخذ.

قوله: ففي كل ركعة سلم، معناه فتشهد، والشهد يسمى سلاماً لما فيه من السلام، وصلاة التراويح إما جعلوها ركعتين يتسليمة واحدة ليكون أروح على البدن، وما يشترك فيه العامة ينسب على اليسر، فأما الأفضل فهو أشق على البدن إلخ.

(١) وفي المسوسط (ج ٢ ص ٦٢): والصلاة على الجنائز أربع تكبيرات. وكان ابن أبي ليلى يقول: خمس تكبيرات، وهو رواية عن أبي يوسف. والآثار قد اختلفت في فعل رسول الله ﷺ فروي الخمس والسبع والتسع وأكثر من ذلك إلا أن آخر عمله كان أربع تكبيرات، فكان هذا ماسحاً لما قبله. وإن عمر رضي الله عنه جمع الصحابة حين اختلفوا في عدد التكبيرات وقال لهم: إنكم اختلفتم فمن يأتي بعدكم أشد اختلافاً فانيطروا آخر صلاة صلاها رسول الله ﷺ على جنازة فخذوا بذلك، فوجدوه صلى على امرأة كبر عليها أربعاً فانفقوا على ذلك، ولأن كل تكبيرة قائمة مقام ركعة في سائر الصلوات وليس في المكتوبات زيادة على أربع ركعات إلا أن ابن أبي ليلى يقول: التكبيرة الأولى للافتتاح فيبني أن يكون بعدها أربع تكبيرات كل تكبيرة قائمة مقام ركعة. وأهل الزرع يزعمون أن علياً رضي الله عنه كان يكره على أهل بيته خمس تكبيرات وعلى سائر الناس أربعاً. وهذا افتراء منهم عليه، فقد روي أنه كبر على فاطمة رضي الله عنها أربعاً. وروي أنه لما صلى على فاطمة أبو بكر رضي الله عنه وكبر عليها أربعاً، وعمر صلى على أبي بكر وكبر أربعاً.

(٢) قال الإمام السرخسي في ص ١٧ من المجلد الأول من مسوطه: وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول: يخبر الإمام في التسمية بين الجهر والمخافة. وهذا مذهبه في كل ما اختلف فيه الأثر كرفع اليد عند الركوع، وتكبيرات العبد، ونحوها، ويستدل بما روي عن النبي ﷺ قال: «من استنصر فليوتر من فعل هذا فقد أحسن، ومن لا فلا حرج» وهذا ضعيف، فإن آخر الفعلين يكون ناسخاً لأولهما والقول بالتخيير بين السبع والمنسوخ عملاً لا يجوز.

(٣) وأخرجه هو في آثاره أيضاً ومحمد أيضاً في آثاره. قال السرخسي في (ج ١ ص ١٠٢) من مسوطه: وعن إبراهيم السخعي فيه ثلاثة أقوال: روى حماد عنه كما هو مذهبنا، وروى ابن أبي ليلى عن الحكم عنه أنه لا شيء عليه، وروى الحسن ابن عمار عن الحكم عنه أن عليه استنقذ الوضوء. وجه هذه الرواية أن انتفاض الوضوء لا يحتمل التحريء كاستنقاصه بالحدث ووجه الرواية الأخرى أن الطهارة الكاملة لا تنتفض إلا بحدث في شيء من الأعضاء، وصرح الجعفي ليس بحدث، ووجه قولنا أن استنار القدم بالخف كما يمنع سراية الحدث إلى القدم وذلك الاستنار

اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى

قال: وذكر عن الحكم^(١) أيضاً عن إبراهيم أنه قال: لا بأس بعد الأي في الصلاة.
قال: وإذا توضأ الرجل بعض وضوئه ثم لم يتمه حتى جف ما قد غسل، فإن أبي حنيفة رحمته الله كان يقول: يتم ما قد بقي ولا يعيد على ما مضى. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: إذا كان في طلب الماء أو في الوضوء فإنه يتم ما بقي، وإن كان قد أحد في عمل غير ذلك أعاده على ما جف^(٢).

حدثنا ابن أبي ليلى عن الحكم عن سعيد بن جبيرة^(٣) عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال: لا يمسح وجهه من التراب في الصلاة حتى يتشهد ويسلم^(٤) وبه نأخذ. حدثنا أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم أنه كان يمسح التراب عن وجهه في الصلاة قبل أن يسلم^(٥). وكان أبو

الخلع يروى يسري ذلك إلى القدم فكانه توضأ ولم يغسل رجله فعليه غسلهما. والرحلان في حكم الطهارة كشيء واحد، فإذا وجب غسل إحدهما وجب غسل الأخرى ضرورة أنه لا يجمع بين المسح والغسل في عضو واحد.

(١) وذكر: أي ابن أبي ليلى مثل ما ذكر نوقه عن الحكم. كذلك روى هنا. قلت: وأخرج أبو يوسف في آثاره عن الإمام عن حماد عن إبراهيم أنه كره عد الأي في الصلاة.

(٢) قال الإمام السرخسي في مبسوطه ص ٥٦: وقال ابن أبي ليلى: إن كان في طلب الماء أحرأه، لأن ذلك من عمل الوضوء، فإن كان أخذ في عمل آخر غير ذلك وجف وجب علينا إعادة ما جف، وجعله قياس أعمال الصلاة إذا اشتعل في خلالها بعمل آخر. ولنا ما بينا أن المقصود تطهير الأعضاء وذلك حاصل بدون الموالاة والمنصوص عليه في الكتاب غسل الأعضاء، فلو شرطاً الموالاة كان زيادة على النص. وقد بينا أن مواطبة رسول الله ﷺ قد تكون لبيان السنة، وأفعال الصلاة تؤدي بناء على التحريم، والاشتغال بعمل آخر يبطل للتحريم مكان مفسد، بخلاف الوضوء فإن أركان الوضوء لا تنبي على التحريم حتى لم يكن الكلام في الوضوء مفسداً له. والله أعلم.

(٣) هو سعيد بن جبيرة، الوالبي مولاهم، الكوفي، الفقيه أحد الأعلام. روى عن ابن عباس وابن عمر وعبد الله بن مغفل وعدي بن حاتم وخلق، وعنه الحكم وسلمة بن كهيل وسليم الأحول وسليمان الأعشى وأيوب وعمرو بن دينار وخلائق. وقال اللالكائي: إمام حجة. وقال عبد الملك بن أبي سليمان: كان يحتم في كل ليلتين. قال مسون بن مهران: مات سعيد وما على وجه الأرض إلا وهو محتاج إلى علمه. قتل سنة خمس وتسعين كهلاً قتله الخجاج فما أمهل بعده. قال خلف بن خليفة عن أبيه: شهدت مقتل ابن جبيرة فلما بان الرأس قال: لا إله إلا الله، فلما قاضى الثالثة لم يتمها رحمته الله. قلت: هو من رواة السنة.

(٤) قلت: قال البيهقي [٢٨٦/٢]: وروى عن ابن عباس أنه قال: «لا يمسح وجهه من التراب في الصلاة حتى يتشهد ويسلم» ولم يذكر سنده.

(٥) قلت: وأحرجه عنه في آثاره أيضاً. وأحرجه محمد أيضاً في آثاره. قال محمد: لا نرى بأساً بمسحه ذلك قبل التشهد والتسليم، لأن تركه يؤدي المصلي وربما شغله عن صلاته، وهو قول أبي حنيفة.

باب الزكاة

قال أبو يوسف رحمته الله: وإذا كان على رجل دين ألف درهم وله على الناس دين ألف درهم وفي يده ألف درهم، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: ليس عليه زكاة فيما في يده حتى يخرج دينه فيزكيه^(٢). وكان ابن أبي ليلى يقول: عليه فيما في يده الزكاة.
قال: وكان ابن أبي ليلى يقول: زكاة الدين على الذي هو عليه. فقال أبو حنيفة رحمته الله: بل هي على صاحبه الذي هو له إذا خرج، كذلك بلغنا عن علي بن أبي طالب رحمته الله^(٣).

(١) قال في المسوط ص ٢٧: ولو مسح جيبته من التراب قبل أن يفرغ من صلاته لا بأس به، لأنه عمل مفيد فإن التصاق التراب بجيبته نوع مثله ربما كان الحشيش الملتصق بجيبته يؤذيه فلا بأس به. ولو مسح بعد ما رفع رأسه من السجدة الأخيرة لا خلاف في أنه لا بأس به. فأما قيل ذلك فلا بأس به في ظاهر الرواية، وعن أبي يوسف قال: أحب إلي أن يدعه، لأنه يترب ثانياً وثالثاً فلا يكون مفيداً. ولو مسح لكل مرة كان عملاً كثيراً، ومن مشائخنا من كره ذلك قل الفراغ من الصلاة وجعلوا القول قول محمد رحمه الله في الكتاب: لا، مفصولاً عن قوله: أكرهه فإنه قال في الكتاب: قلت: لو مسح جيبته قبل أن يفرغ من صلاته قال لا أكرهه يعني لا تفعل فإني أكرهه، لحديث ابن مسعود رحمته الله: «أربع من الخفاء: أن تبول قائماً، وأن تسمع النداء فلم تنجب، وأن تفسخ في صلاتك، وأن تصح جيبتك في صلاتك»، وتأويله عند من لا يكرهه من أصحابنا المسح باليدين كما يفعله الداعي إذا فرغ من الدعاء في غير الصلاة اهـ. قلت: تأويل قول محمد غير مرضي كما علم من تصريحه في الآثار.

(٢) قال الإمام السرخسي في مبسوطه ج ٢ ص ١٩٥: ثم الديون على ثلاث مراتب عند أبي حنيفة رحمته الله: دين قوي وهو ما يكون بدلاً عن مال كان أصله للتجارة لو بقي في ملكه، ودين وسط وهو أن يكون بدلاً عن مال لا زكاة فيه لو بقي في ملكه ككتاب البذلة والمهبة، ودين ضعيف وهو ما يكون بدلاً عما ليس بمال: كالمبر، ويدل الخلع، والصلح عن دم العمد، فممي الدين القوي لا يلزمه الأداء ما لم يقبض أربعين درهماً فإذا قبض هذا المقدار أدى درهماً وكذلك كما قبض أربعين درهماً، وفي الدين المتوسط لا يلزمه الأداء ما لم يقبض مائة درهم بحيث يؤدي حصة دراهم، وفي الدين الضعيف لا تلزمه الزكاة ما لم يقبض ويحول الحول عدده، وروى ابن سبعة عن أبي يوسف عن أبي حنيفة رضي الله عنهم أن الدين نوعان وجعل الوسط كالتضعف، وهو اختيار الكرخي على ما ذكره في المختصر. وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: أئديو - كنها سواء لا تجب الزكاة فيها قبل القبض وكلما قبض شيئاً يلزمه الأداء بفدرة، قل أو كثر، ما حلا دين الكتابة فإنه لا يجب عليه فيه الزكاة حتى يحول عليه الحول بعد القبض، وذكر الكرخي في المستثنى عليهما دينان: الكتابة والدية على العاقلة إلخ. قلت: ومعنى قول الإمام ليس عليه زكاة فيما يديه أنه مصروف إلى ما عليه من الدين، ولا يصرف الدين إلى الدين، والله أعلم بالصواب.

(٣) أخرجه الإمام محمد في كتاب الآثار، وكتاب الحجج [٤٧١/١] عن الإمام عن أبيه عن سبطين عن علي بن أبي طالب رحمته الله قال: «إذا كان لك دين على الناس فمضنه مركة لم يصح».

وهذا نأخذ.

قال: وإذا كانت أرض من أرض الخراج، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: ليس فيها عشر، لا يجتمع عشر وخراج، وبه يأخذ^(١). وكان ابن أبي ليلى يقول: عليه فيها العشر مع الخراج.

قال: وإذا كانت الأرض من أرض العشر، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: في كل قليل وكثير أخرجت من الحنطة والشعير والزبيب والتمر والذرة وغير ذلك من أصناف العلة، العشر ونصف العشر. والقليل والكثير في ذلك سواء وإن كانت حزمة من بقل.

قال محمد: وبه يأخذ وهو قول أبي حنيفة، ثم ذكر عن إبراهيم ركانها على الذي يستعملها ويتمتع بها. قال محمد: ولنا نأخذ بهذا، ولكنا نأخذ بقول علي: زكاتها على صاحبها إذا قضى زكاتها لما مضى.

قلت: وحديث علي أخرجه أبو عبيد في كتاب الأموال والبيهقي من طريقه عن يزيد بن هارون عن هشام بن حسان عن ابن سيرين عن عبيدة عن علي رحمته الله في الدين الطون. قال: إن كان صادقاً فليزكه إذا قبضه. قال البيهقي: قال أبو عبيد: قوله. «الطنون» هو الذي لا يدري صاحبه أيقضه الذي عليه الدين أم لا؟ كأنه الذي لا يرجوه. وأخرجه ابن أبي شيبة أيضاً [٣٩٠/٢]. قلت: وأخرج البيهقي من طريق سفيان عن موسى بن عبيدة عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر قال: «زكروا ما كان في أيديكم وما كان من دين في ثقة فهو بمنزلة ما في أيديكم، وما كان من دين ظنون فلا زكاة فيه حتى يقبضه»، وأخرج أبو عبيدة من طريق يحيى ابن أيوب عن عبد الله بن سليمان أو ابن أبي سليمان عن سعيد بن أبي هلال عن أبي النضر عن ابن عباس قال في الدين: إذا لم ترح أخذه فلا تركه حتى تأخذ فإذا أخذه تركه عنه ما عليه - من ص ٤٣٢.

(١) قال الإمام السرخسي في مبسوطه ج ٢ ص ٢٠٨: وجه قولنا ما روي عن ابن مسعود رحمته الله موقوفاً ومرفوعاً إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «لا يجتمع العشر والخراج في أرض رجل مسلم» ولأن أحدنا من أئمة العدل والحق لم يأخذ العشر من أرض السواد مع كثرة احتياهم لأخذ أموال الناس، وكفى بالإجماع حجة، ثم الخراج والعشر كل واحد منهما مؤنة الأرض السامية ولا يجتمع المؤنات بسبب أرض واحدة وسيبهما لا يجتمع، فإن سبب وجوب الخراج فتح الأرض عنوة وثوت حق العامين فيها، وسبب وجوب العشر إسلام أهل البلدة طوعاً وعدم ثوت حق العامين فيها وبينهما تناف، فإذا لم يجتمع السببان لا يثبت الحكمان جميعاً. قلت: أما حديث ابن مسعود فأخرجه الحارثي وطلحة بن محمد والأشثاني وابن حنبل وطريقه والقاضي أبو بكر كلهم من طريق يحيى عن عتبة عن الإمام أبي حنيفة عن حماد عن إبراهيم عن علقمة عن عبد الله بن مسعود رحمته الله قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «لا يجتمع على مسلم عشر وخراج في أرض».

وكذلك حدثنا أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم^(١). وكان ابن أبي ليلى يقول: ليس في شيء من ذلك عشر إلا في الحنطة والشعير والتمر والرب. ولا يكون فيه العشر حتى يبلغ خمسة أوسق فصاعداً. والوسق عندنا: ستون صاعاً. والصاع محتوم بالحجاشي^(٢) وهو ربع بالهاشمي الكبير، وهو شاية أرطال. والمد رطلان. وبه يأخذ^(٣). وقال أبو يوسف: ليس في القول والخضراوات عشر ولا أرى في شيء من ذلك عشر إلا الحنطة والشعير والحبوب. وليس فيه شيء حتى يبلغ خمسة أوسق^(٤).

(١) وأخرجه عنه في الحراج والآثار أيضاً.

وأخرجه الإمام محمد في آثاره هكذا عن قول إبراهيم. وأخرجه ابن خسر في مسئله من طريق أبي مطيع عنه عن أبان بن أبي عياش عن أس مرفوعاً: «في كل شيء أخرجت الأرض العشر أو نصف العشر» قال أبو حنيفة: ولم يذكر صاعكم.

قلت: وأخرجه المزاري عن قتادة عن أنس. وروى البخاري [٥٤٠/٢] عن ابن عمر ربيعة: «فيما سقت السماء والعيون أو كان عثرياً العشر، وفيما سقي بالصبح نصف العشر» وروى ابن ماجه [٥٨١/١] عن معاذ بن جبل: «بئني النبي ﷺ إلى اليمن فأمرني أن أخذ مما سقت السماء وما سقي بفلاة، العشر، وما سقي بالوادي نصف العشر».

(٢) في المغرب: والحجاش في الأعلام يحتمل أن يكون من الحج: الغلة بالحقة، أو من الفصد. وبه سمي ابن يوسف وإليه ينسب الصاع، لأنه اتخذ على صاع عمر بن الخطاب: الصاع الحجاشي والفقيز الحجاشي، وهو ربع الهاشمي، وهو شاية أرطال. وفيه والمحتوم الصاع بعبه عن أبي عبيد، ويشهد له حديث الخديري: «الوسق ستون محتوماً».

قلت: روى يحيى بن آدم القرشي عن إسرائيل عن أبي إسحاق قال: قدم علينا الحجاش من المدينة فقال: إني قد اتخذت لكم محتوماً على صاع عمر بن الخطاب. قال أبو عبد في الأموال: وإنما سمي محتوماً لأن الأمراء جعلت على أعلاه خانماً مطوياً لئلا يراد فيه ولا ينقص منه.

(٣) وفي المبسوط (ج ٣ ص ٢): ثم عبد أبي حنيفة العشر يجب في القليل من الخارج وكثيره ولا يعتبر فيه النصاب لعموم الحديثين، يعنيهما قوله عليه السلام: «ما سقت السماء ففيه العشر، وما أخرجت الأرض ففيه العشر» وما روي عن ابن عباس أنه حين كان والياً بالبصرة أخذ العشر من البقول من كل عشر دستجات دستجة، كما روينا، ولأن النصاب في أموال الزكاة كان معتبراً لحصول صفة الغنى للمالك بها وذلك غير معتبر لإيجاب العشر فإن أصل المال هنا لا يعتبر بهو وخمس الركاز سواء. والأصل عندنا أنه لا يجب العشر، فيما دون خمسة أوسق مما يدخل تحت الوسق، والوسق ستون صاعاً، فخمسة أوسق ألف ومائتا من. واحتجنا فيه بقوله ﷺ: «ليس فيما دون خمسة أوسق صدقة». وأبو حنيفة يقول: تأويل الحديث زكاة التجارة، فإنهم كانوا يجاهون بالأوساق كما ورد به الحديث فقيمة خمسة أوسق مائتا درهم. والتفصيل في المبسوط.

(٤) وفي المبسوط ح ٣ ص ٢: والأصل عند أبي يوسف وعبد أن ما ليست له ثمرة باقية مقصودة فلا شيء فيه كالقول والخضر والرياحين، إنما العشر فيما له ثمرة باقية مقصودة. واحتجنا فيه بحديث موسى بن طلحة عن أبيه أن النبي ﷺ قال: «ليس في الخضراوات صدقة» وتأويله عند أبي حنيفة

اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى

قال: وإذا كان لرجل إحدى وأربعون بقرة، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: إذا حال عليه الحول ففيها مائة وربع عشر مائة^(١) وما زاد فحساب ذلك إلى أن تبلغ ستين بقرة. وأطه حديثه أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم. وكان ابن أبي ليلى يقول: لا شيء في الريادة على الأربعين حتى تبلغ ستين بقرة. وبه نأخذ. وبلغنا عن رسول الله ﷺ أنه قال: ولا شيء في الأوقاص^(٢) والأوقاص عندنا ما بين الفريضتين. وبه نأخذ^(٣).

صدقة تؤخذ: أي لا يأخذ العاشر من الخضراوات إذا مر بها عليه ثم قال: ما كان ثمنها عادة ينسر وجوده على الشيء والفقير فلا يجب فيه حق الله تعالى كما لا يجب الزكاة في الصيد والخطب والحشيش. وإنما يجب حق الله فيما يعز وجوده فيباله الأعياء دون الفقراء كالثوب ومال التجارة فكذلك ما له ثمة باقية يعز وجوده فأما الخضراوات فتأخذ عادة، وهذا أوجس في الرغفران، ولم نوجب في الورس والوسمة لأنه لا يتنفع به انتفاعاً عاماً، وأبو يوسف أوجب في الحناء لأنه يتنفع به انتفاعاً عاماً، ولم يوجب فيه محمد لأنه من الرياحين. وفي الثوم والبصل روايتان عن محمد قال في إحدى الروايتين: هما من الخضر فلا شيء فيهما. وفي الرواية الأخرى قال: يقعان في الكيل ويبقيان في أيدي الناس من حول إلى حول يجب فيهما العشر. والبطيخ والقثاء، والخيار، لا شيء فيها عندهم، لأنها من الرطاب وبزرها غير مقصود فلا يكون معتبراً، وكذلك الثمار قال: لا شيء في الكمثرى والحوخ والمشمش والإحاص، وما يجفف منها لا يعتد. وأوجس في الجوز واللوز والعشر، وفي الفستق على قول أبي يوسف يجب العشر، وعلى قول محمد لا يجب.

(١) زاد في المسوط ج ٢ ص ١٨٧: أو ثلث عشر تبع. فله سقط هنا من الأصل قلت: وروى الحسن عنه أنه لا يجب في الريادة شيء حتى تبلغ خمسين ففيها مائة أو ربع مائة أو ثلث تبع. وروى أسد بن عمرو عنه أنه ليس في الريادة شيء حتى تكون ستين ففيها ثمان. وهو قول أبي يوسف ومحمد.

(٢) رواه البزار والدارقطني من طريق المسعودي عن الحكم عن طائوس عن ابن عباس قال: بعث رسول الله ﷺ معاذاً إلى اليمن - الحديث فلما رجع سأل النبي ﷺ عنه يعني الوقص فقال: «يس فيها شيء» قال المسعودي: الأوقاص ما بين الثلاثين إلى الأربعين، والأربعين إلى الستين. قال البزار: تفرد به بقية عن المسعودي، وتابعه الحسن بن عمار عن الحكم، ورواه الخفاف عن الحكم عن طائوس مرسل - دراية.

(٣) وهو قول محمد أيضاً. وجه قول الإمام أن نصب النصاب بالرأي لا يكون وإنما يكون طريق معرفته النص ولا نص فيما بين الأربعين إلى الستين فإذا تعدى اعتبار النصاب فيه أوجس الزكاة في قليله وكثيره بحساب ما سبق، وحديث معاذ رحمه الله المراد به حال قلة العدد في الابتداء، فإن الوقص في الحقيقة اسم لما لم يبلغ نصاباً وذلك في الابتداء يكون. وقيل المراد بالأوقاص النصار وغير المجاجيل وبه نقول إنه لا شيء فيها - من المسوط.

• رواه البارقظي (٩٩/٢)، والبيهقي (٩٩/٤)، وانظر نصب الرتبة (٣٤٨/٢)، والدرية (٢٥٢/١).

قال: وإذا كان للرجل عشرة مثاقيل ذهب ومائة درهم محال عليها الجبل، بادأ حبيبة عليه السلام كان يقول في الزكاة: يضيف أقل الصمين إلى أكثرهما ثم يركبه إن كانت الدنانير أقل من عشرة دراهم يدينار تقوم الدراهم دنانير ثم يجمعها جميعاً فتكون أكثر من عشرين مثقالاً من الذهب فيزكيها في كل عشرين مثقالاً نصف مثقال فما زاد فليس فيه شيء من الزكاة حتى يبلغ أربعة مثاقيل فيكون فيها عشر مثقال. وإذا كانت الدنانير أكثر من عشرة دراهم يدينار قوم الدنانير دراهم وأضافها إلى الدراهم فتكون أكثر من مائتي درهم. ففي كل مائتين خمسة دراهم ولا شيء فيما زاد على المائتين حتى يبلغ أربعين درهماً، فإذا بلغت ففي كل أربعين زادت بعد المائتين درهم. وكذا ابن أبي ليلى يقول: لا زكاة في شيء من ذلك حتى يبلغ الذهب عشرين مثقالاً وتبلغ الفضة مائتي درهم ولا يضيف بعضها إلى بعض ويقول: هذا مال مختلف بمنزلة رجل له ثلاثون شاة وعشرون بقرة وأربعة أعرة فلا يضاف بعضها إلى بعض^(١). وقال ابن أبي ليلى: ما زاد على المائتي

قلت: قال في المعرب: الوقص دق العنق وكسرها. والوقص أيضاً ما بين الفريصتين كالشنق. وقيل الأوقاص في القر والشاق في الإبل.

(١) وفي المبسوط ج ٢ ص ١٩٢: ولما حديث بكير بن عبد الله بن الأشج عليه السلام قال: من أسبغ أن يضم الذهب إلى الفضة لإيجاب الزكاة، ومطلق السبغ يصرف إلى سنة رسول الله عليه السلام ولهما مالا أن يكمل بصاب أحدهما بما يكمل به نصاب الآخر فيكمل بصاب أحدهما بالآخر كالتسوية مع البيض والنيسابوري من الدنانير مع المروزي. ويبان الوصف أن نصاب كل واحد منهما يكمل بمال التجارة، وهذا لأحدهما وإن كانا جنسين مختلفين صورة ففي حكم الزكاة هما جنس واحد حتى يتفق الواجب فيهما فيقدر ربع العشر على كل حال، ووجوب الزكاة فيهما باعتبار معنى واحد وهو المالية القائمة باعتبار أصلهما، فإذا وجبت الزكاة عند ضم أحدهما إلى الآخر احتفت الرواية فيما يؤدي فروق الحسن بن أبي مالك عن أبي يوسف عن أبي حنيفة أنه يؤدي من مائة درهم درهمين ونصفاً ومن عشرة مثاقيل ذهب ربع مثقال وهو إحدى الروايتين عن أبي يوسف، ووجهه أنه أقرب إلى المعادلة والنظر من الجنايين، وعن أبي يوسف في رواية أخرى أنه يقوم أحدهما بالآخر ثم يؤدي الزكاة من نوع واحد، وهذا أقرب إلى موافقة نصوص الزكاة. ثم اختلفوا في كيفية الضم فقال أبو حنيفة: يضم أحدهما إلى الآخر باعتبار القيمة، وقال أبو يوسف ومحمد: باعتبار الأجزاء، وهو إحدى الروايتين عن أبي حنيفة، ذكره في نوادر هشام. ويبان ذلك أنه إذا كان له مائة درهم وخمسة مثاقيل ذهب تساوي مائة درهم أو خمسون درهماً وعشرة مثاقيل ذهب تساوي مائة وخمسين درهماً، فعند أبي حنيفة يضم أحدهما إلى الآخر ونحب الزكاة، وعندنا يضم باعتبار الأجزاء وقد ملك نصف نصاب أحدهما وربع نصاب الآخر فلا يجب فيهما شيء. ثم إن عد أبي حنيفة يعتبر في التفريق منقعة الفقراء كما هو أصله حتى روي عنه أنه إذا كان الرجل مائة وخمسة وتسعون درهماً ودينار يساوي خمسة دراهم أنه نحب الزكاة، وذلك أن يقوم الذهب

الدرهم والعشرين المثقال من شيء فحساب ذلك ما كان من قليل أو كثير. وهذا تأخذ في الزيادة^(١). وقال أبو حنيفة رحمته ليس فيما زاد على المائتين شيء حتى يبلغ أربعين درهماً. وكذلك بلغنا عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه^(٢). وقال أبو يوسف رحمته لا يقوم الذهب ولا الفضة إنما الزكاة على وزنه، جاءت بذلك السنة، إن كان له منها خمسة عشر مثقالاً ذهباً لم يكن عليه فيها زكاة ولو كان قيمتها ألف درهم، لأن الحديث إنما جاء في عشرين مثقالاً. ولو كان له مع ذلك أربعون درهماً لم يزكه حتى يكون خمسين درهماً، فإذا كمل من الأخرى أوجبت فيه الزكاة. وكذلك لو كان نصف من هذا ونصف من هذا ففيه الزكاة فيضيف بعضه إلى بعض ويخرجه دراهم أو دنائير، وإن شاء زكى الذهب والفضة بخصمهما أي ذلك فعل أجزاءه. ولو كان له مائتا درهم وعشرة مثاقيل زكى المائتي درهم بخمسة دراهم وزكى العشرة المثاقيل بربع مثقال.

قال: ولو أن رجلاً له مائتا درهم وعشرة مثاقيل ذهباً، فإن أبا حنيفة رحمته كان

بالفضة. إلى أن قال محتجاً للإمام: أبو حنيفة يقول: هما عيان وحجب ضم أحدهما إلى الآخر لإيجاب الزكاة فكان الضم باعتبار القيمة كمروص التجارة، وهذا لأن كمال النصاب لا يكون إلا عند اتحاد الجنس وذلك لا يكون إلا باعتبار صفة المالية دون العين، فإن الأموال أجناس باعتبار أعيانها، جنس واحد باعتبار صفة المالية فيها إلخ.

(١) وبه قال محمد وهو قول علي وابن عمر وإبراهيم الحنفي رضي الله عنهم. وقال طاووس: لا يجب في الزيادة شيء حتى تبلغ مائتي درهم، ويجب في كل مائتي درهم خمسة دراهم. واحتجوا بحديث علي بن أبي طالب رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: «في مائتي درهم خمسة دراهم وما زاد فبحساب ذلك». واحتج أبو حنيفة بحديث عمرو بن حزم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «وفي كل مائتي درهم خمسة دراهم وفي كل أربعين درهماً درهم» ولم يرد به في الابتداء فعلم أن المراد به بعد المائتين. وفي حديث معاذ أن النبي صلى الله عليه وسلم قال له: «لا تأخذ من الكسور شيئاً وفي مائتي درهم خمسة دراهم فما زاد على ذلك ففي كل أربعين درهماً درهم» وقاس بالسوائم فقيها وقص بعد النصاب الأول، وكذلك في القود بطل أن الزكاة واجبة في الكل على وجه يحصل به النظر للفقراء وأرباب الأموال. وحديث علي رضي الله عنه لم يقله أحد من الثقات مرفوعاً إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فالمصير إلى ما رواه أولى بمسبوط (٣٣/١١).

(٢) وهو قول عمر رضي الله عنه كما في المسبوط (٣٣/١١).

(٣) وفي الجوهر النقي: وروينا من طريق ابن أبي شيبة عن عبدالرحمن بن سليمان عن عاصم الأحول عن الحسن البصري قال: كتب عمر إلى أبي موسى: فما زاد على المائتين ففي كل أربعين درهماً درهم. قال: وأخرجه الطحاوي في أحكام القرآن (٣٥٧/٤) من وجه آخر عن أنس عن عمر نحوه قال: وروى ابن أبي شيبة (٣٥٥/٢) بسند صحيح عن محمد الباقر رفعه: «إذا بلغت خمس أواق فمبها خمسة دراهم وفي كل أربعين درهماً درهم».

يقول: إذا حال عليها الحول يضيف بعضه إلى بعض ويزكيه كله. وقال ابن أبي ليلى: هذان مالان مختلفان تجب الزكاة على الدراهم ولا تجب على الذهب. وقال أبو يوسف: ييه الزكاة كله، ألا ترى أن التاجر يكون له المتاع للتجارة وهو مختلف فيقومه ويضيف بعضه إلى بعض ويزكيه؟ وكذلك الذهب والفضة. وقد بلغنا عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه أمر رجلاً تاجراً أن يقوم تجارته عند الحول فيزكيها ^(١).

(١) رواه أبو عبيد في الأموال عن يحيى بن سعيد وأبي معاوية ويبريد أي ابن هارون عن يحيى بن سعيد عن عماد الله بن أبي سلمة عن أبي عمرو بن حماد عن أبيه قال: «مر بي عمر فقال: يا حنبل أدم زكاة مالك، فقلت: مالي مال إلا حجاب وأدم فقال: قومها قيمة ثم أدم ركانها» وأخرجه الشافعي وأحمد وعبد الرزاق وابن أبي شيبة وسعيد بن منصور والبيهقي والمارقطي عنه رضي الله عنه.

• رواه الدارمي (٤٦٧/١).

باب الصيام

قال أبو يوسف رحمه الله: وإذا اكحل الرجل في شهر رمضان أو غير رمضان وهو صائم، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: لا بأس بذلك. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يكره ذلك ^(١) ويكره أن يدهن شارب بهن يجد طعمه وهو صائم. قال: وإذا صام الرجل يوماً من شهر رمضان فشك أنه من شهر رمضان ثم علم بعد ذلك أنه من رمضان، فإن أبا حنيفة رحمه الله قال: يجزيه. وبه نأخذ ^(٢). وكان ابن أبي ليلى يقول: لا يجزيه ذلك وعليه قضاء يوم مكانه.

(١) وفي المبسوط ج ٣ ص ٦٧: والاكحال لا يصير الصائم وإن وجد طعمه في حلقه. وكان إبراهيم يكره للصائم أن يكحل، وابن أبي ليلى كان يقول: إن وجد طعمه في حلقه فطره لوصول الكحل إلى ناطئه. ولنا حديث أبي رافع رضي الله عنه «أن النبي صلى الله عليه وسلم دعا بمكحلة لأحد في رمضان فأكحل وهو صائم». وعن ابن مسعود قال: «حرح رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم عاشوراء من بيت أم سلمة وعيناه مملوءتان كحلا كحله أم سلمة». وصوم يوم عاشوراء في ذلك الوقت كان فرصاً ثم صار مسوحاً، ثم ما وجد من الطعام في حلقه أثر الكحل لا عيه كمن ذاق شيئاً من الأدوية المرة يجد طعمه في حلقه فهو قياس القفار والدخان، وإن وصل عين الكحل إلى باطنه فذلك من قل المسام لا من قل المسالك إذ ليس من العين إلى الخلق مسلك، فهو نظير الصائم يشرع في الماء فيجد برودة الماء في كبده وذلك لا يصبره. وعلى هذا إذا دهن الصائم شارب به. فأما السعوط والوجور فطره لوصوله إلى أحد الجوفين إما الدماغ أو الجوف. والفطر مما يدخل. ولا كفارة عليه لأن معنى الجنابة لا يتم به، فإن اقتضاء الشهوة لا يحصل به إلا في رواية هشام عن أبي يوسف أن عليه الكفارة إذا لم يكن به عذر.

(٢) قال في المبسوط ج ٣ ص ٦٠: ولنا حديث علي وعائشة رضي الله عنهما أنهما كانا يصومان يوم الشك، وكانا يقولان: لأن نصوم يوماً من شعبان أحب إلينا أن نفطر يوماً من رمضان، وإما كانا يصومان بية القل، لإجماعنا على أنه لا يباح صوم يوم الشك بية الفرض فلولاً أن عند الذين يجوز الصوم عن الفرض لم يكن لهذا التحرز منها معنى.

وقال في ص ٦٣: رجل أصبح صائماً في رمضان قبل أن يتبين أنه من رمضان ثم تبين أنه منه فصومه جائز وقد أساء حين تقدم الناس، ومراده في هذا يوم الشك، ومعنى الشك أن يستوي طرف العلم وطرف الجهل بالشيء، وإما يقع الشك من وجهين:

إما إن غم هلال شعبان فوقع الشك أنه اليوم الثلاثون منه أو الحادي والثلاثون أدمع هلال رمضان فوقع الشك في اليوم الثلاثين أنه من شعبان أو من رمضان، ولا خلاف أنه يكره الصوم فيه بنية الفرض لقوله صلى الله عليه وسلم: «لا تقدموا رمضان بصوم يوم ولا يومين» ولأنه حين بوى الفرض فقد اعتقد العريضة فيما ليس بفرض وذلك كاعتقاد النعيلة فيما هو فرض، ولكن مع هذا إذا تبين أن اليوم من رمضان فصومه تام، لأن النهي ليس لعين الصوم فلا يؤثر فيه. فأما إذا صام فيه بية القل فلا بأس به عدناً، وهو الأفضل.

قال: وإذا أفطرت المرأة يوماً من رمضان متعمدة ثم حاضت من آخر الشهر، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: ليس عليها كفارة وعليها القضاء. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: عليها الكفارة وعليها القضاء ^(١).

قال: وإذا وجب على الرجل صوم شهرين من كفارة إفطار من رمضان، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: ذانك الشهران متتابعان ليس له أن يصومهما إلا متتابعين. وذكر أبو حنيفة نحوه من ذلك عن النبي صلى الله عليه وسلم ^(٢). وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: ليسا بمتتابعين ^(٣).

(١) وفي المسوط ح ٣ ص ٧٥: رجل جامع امرأته في يوم من رمضان ثم حاضت المرأة ومرض الرجل في ذلك اليوم، سقطت عنهما الكفارة عدداً، وعلى قول ابن أبي ليلى رحمه الله تعالى لا تسقط إلى أن قال: وقال زفر: تسقط عنها بعذر الحيض ولا تسقط عنه بعذر المرض. وجه قول ابن أبي ليلى أن السبب الموجب للكفارة قد تم وهو الفطر فوجبت الكفارة ديناً في الدمة، والحيض والمرض لا ينفي بقاء الكفارة، ثم الحيض والمرض لم يصادف الصوم هنا فاعتراضهما في اليوم والليلة سواء، وهو قياس السفر بعد الفطر لا يسقط الكفارة ليلاً أو نهاراً. وزفر رحمه الله تعالى يفرق ويقول: الحيض ينفي الصوم وصوم يوم واحد لا يتحرى فتقرر المأني في آخره يمكن شبهة المنافة في أوله فأما المرض لا ينفي الصوم فلا يتمكن بالمرض في آخر الشهر شبهة المنافة في أوله للصوم. ولكننا نقول: المرض ينفي استحقات الصوم بدليل أنه لو لم يفطر حتى مرض يباح به الفطر. والكفارة لا تجب إلا بالفطر في صوم مستحق واستحقات الصوم في يوم واحد لا يتحرى فتقرر المنافة للاستحقات في آخر النهار يمكن شبهة منافة الاستحقات في أوله، بخلاف السفر فإنه غير سافٍ للاستحقات، حتى لو لم يفطر حتى سافر لا يباح له الفطر فلا يتمكن بالسفر في آخر النهار شبهة في أوله، بخلاف ما إذا لم يفطر حتى سافر ثم أفطر لأن سقوط الكفارة هناك باعتبار الصور المبيحة، والصور المبيحة إنما تعمل إذا اقترنت بالسبب، ولا إسناد في الصوم، إما ذلك في المعاني، ثم السفر فعله، والكفارة إنشا وجبت حقاً لله تعالى فلا يسقط بفعل العبد باختباره، بخلاف المرض والحيض فإنه ساوي لا صاع للعباد فيه، فإذا جاء العسر ممن له الحق سقطت به الكفارة. فإن سافر به مكرها فقد ذكر في اختلاف زفر ويعقوب رحمهما الله تعالى أن على قول أبي يوسف رحمتهما لا تسقط به الكفارة، لأن الصنع للعبد فيه، فهو قياس ما لو أكره على الأكل بعد ما أفطر، وعلى قول زفر رحمه الله تعالى تسقط، لأنه لا صنع له فيه. ولا اعتماد على هذه الرواية عن زفر رحمه الله تعالى، فإن عنده بالمرض لا تسقط الكفارة في السفر مكرها كيف تسقط؟!.

(٢) أخرجه أبو يوسف عن الإمام عن عطاء عن سعيد بن المسيب مرسلاً وكذلك أخرجه الإمام الحسين بن زياد في مسنده، وطلحة بن محمد وابن المطهر وابن حنبل. وأخرجه الإمام محمد في الموطأ عن مالك والبخاري من طريق شعيب كلاًهما عن الزهري عن حميد بن عبد الرحمن عن أبي هريرة مسنداً موصولاً وفيه: شهرين متتابعين. والحديث هذا أخرجه الأئمة في كتبهم.

(٣) قال الإمام السرخسي في المسوط: والصوم مقدر بالشهرين بضعة الثتابع إلا على قول أبي ليلى فإنه يقول: إن شاء تابع، وإن شاء فرق بالقياس على القضاء، وما زوياً من الآثار حجة عليه.

اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى

قال: وإذا توضأ الرجل للصلاة المكتوبة فدخل الماء حلقه وهو صائم في رمضان ذاكراً لصومه، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: إن كان ذاكراً لصومه حين توضأ فدخل الماء حلقه فعليه القضاء، وإن كان ناسياً لصومه فلا قضاء عليه. وذكر ذلك أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم ^(١).

وكان ابن أبي ليلى يقول: لا قضاء عليه إذا توضأ لصلاة مكتوبة، وإن كان ذاكراً لصومه.

وقد ذكر عن عطاء عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال: إذا توضأ لصلاة مكتوبة وهو صائم فدخل الماء حلقه فلا شيء عليه، وإن كان توضأ لصلاة تطوع فعليه القضاء.

قلت: أشار إلى ما ذكر من الأحاديث التي ذكرها قبل ذلك. منها الحديث الذي ذكرت تخريجه، ومنها ما ذكره بقوله: ولنا قول النبي ﷺ: «من أظفر في رمضان متعمداً فعليه ما على المظاهر».

قلت: قال في الدراية: لم أجده هكذا.

وأخرجه الدارقطني (أي حديث الأعرابي) من طريق مجاهد عن أبي هريرة أن النبي ﷺ أمر الذي أظفر يوماً من رمضان بكفارة الظهار إلخ.

(١) وأخرجه عنه من طريق الإمام في آثاره أيضاً. وأخرجه الإمام محمد أيضاً في آثاره عنه. قال محمد: وبه نأخذ إن كان ذاكراً لصومه، فإذا كان ناسياً لصومه فلا قضاء عليه، وهو قول أبي حنيفة.

قلت: قال الإمام السرخسي في ميسوطه ج ٣ ص ٦٦: ولنا ما روي أن النبي ﷺ قال للقيظ بن صبرة: «بالغ في المضمضة والاستنشاق إلا أن تكون صائماً» فالنهي عن المبالغة التي فيها كمال السنة عند الصوم دليل على أن دخول الماء في حلقه يفسد لصومه، ولأن ركن الصوم قد انعدم مع عذر الخطأ وأداء العبادة بدون ركنها لا يتصور، وهكذا القياس في الناسي، لكا تركاه نالسة وهذا ليس في معناه، لأن التحرز عن السبان غير ممكن والتحرر عن مثل هذا الخطأ ممكن. ثم ركن الصوم قد انعدم معنى، فإن الذي حصل له وإن كان مخطئاً قد انعدم صورة لا معنى بأن يتناول حصاة فسد صومه، فإذا انعدم معنى أولى، لأن مراعاة المعاني في باب العبادات أبين من مراعاة الصور. وكان ابن أبي ليلى يقول: إن كان وضوؤه فرضاً لم يفسد صومه، وإن كان نقلاً فسد صومه لهذا.

وقال بعض أهل الحديث: إن كان في الثلاث لا يفسد صومه، وإن جاور الثلاث يفسد صومه، ومهم من فصل بين المضمضة والاستنشاق في الوضوء والجسابة والاعتماد على ما ذكرنا. وتأويل الحديث (عني به «رفع عن أمتي الخطأ والسبان. وما استكروها عليه» كما ذكره قبل هذا الاستدلال) أن المراد رفع الإثم دون الحكم وبه نقول. قلت: حديث لقيظ بن صبرة أخرجه البيهقي من طريق سفيان عن إسماعيل بن كثير عن عاصم بن لقيظ بن صبرة عن أبيه.

باب في الحج

قال أبو يوسف: وكان أبو حنيفة رحمه الله يقول: لا تشعر البدن ويقول: الإشعار مثله^(١). وكان ابن أبي ليلى يقول: الإشعار في السام من الحجاب الأيسر. وبه تأخذ. قال: وإذا أهل الرجل بعمره فأفسدها فقدم مكة وقضاها، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: يجزيه أن يقضيها من التنعيم. وبه تأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: لا يجزيه أن يقضيها إلا من ميقات بلاده^(٢).

قال: وإذا أصاب الرجل من صيد البحر شيئاً سوى السمك، فإن أبا حنيفة رحمه الله

(١) وفي مسوط السرخسي ج ٤ ص ١٣٨: وأما الإشعار فهو مكروه عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وعندهما هو حسن في البدنة وإن ترك لم يضره. وصفة الإشعار هو أن يصرب بالمبضع في أحد جانبي سام البدنة حتى يخرج الدم منه ثم يقطع بذلك الدم سنامه. سي ذلك إشعاراً بمعنى أنه جعل ذلك علامة له.

والإشعار: هو الإعلام. وكان ابن أبي ليلى يقول: الإشعار في الحجاب الأيسر من السام. وقد صح في الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم أشعر البدن بيده. وهو مروي عن الصحابة ظاهر حتى قال الطحاوي: ما كره أبو حنيفة أصل الإشعار وكيف يكره ذلك مع ما اشتهر فيه من الآثار؟! وإما كره إشعار أهل زمانه، لأنه رآهم يستقصون ذلك على وجه يخاف منه هلاك البدنة لسرايته خصوصاً في حر الحجاز فرأى الصواب في سد هذا الباب على العامة، لأنهم لا يراعون الحد. فأما من وقف على ذلك بأن قطع الجلد فقط دون اللحم فلا بأس بذلك. ثم حجتنا من حيث المعنى، لأن المقصود من الإشعار والتقليد إعلام بأنها بدنة حتى إذا ضلت ردت، وإذا وردت الماء والغلف لم يصح، لكن هذا المقصود بالتقليد لا يتم لأن القلادة نحل ويحتمل أن تسقط منه فإنما يتم بالإشعار لأنه لا يفارقه فكان الإشعار حسناً لهذا. وأبو حنيفة يقول: معنى الإعلام بالتقليد يحصل، وهو لإكرام البدنة، وليس في الإشعار معنى الإكرام، بل ذلك يؤذي البدنة، ولأن التحليل مدوب إليه، وإما كان مدوباً لدفع أذى الذباب، والإشعار من جواب الذباب فلهذا كرهه أبو حنيفة رحمه الله.

(٢) قال السرخسي في كتاب اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى من مسوط مختصاً لابن أبي ليلى: لأنه إنما يقضي ما فاته فعليه أن يقضيها كما فاته. ثم القضاء بصفة الأداء، فإذا كان هو في أداء هذه العمرة إنما أحرم لها من الميقات فكذلك في القضاء، ولكننا نستدل بحديث عائشة رضي الله عنها، فإنها لما حاضت بسرف بعد ما أحرمت قال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم: «ارفضي عمرتك واضعي جميع ما يصنع الحاج غير أن لا تطوفي بالبيت» ثم أمر أخاها عبدالرحمن بن أبي بكر رضي الله عنهما أن يعمرها من التنعيم مكان عمرتها التي فاتتها، ولأن ما يلزمه بالشروع معتبر بما يلزمه بالفر. ومن قدر عمرة فأداها من التنعيم خرج عن موجب بذره، ولأنه وصل إلى مكة بالإحرام الفاسد فيجعل كما لو وصل إليها بإحرام صحيح، فكما أن هناك يكون هو بمنزلة أهل مكة في الإحرام في الحج والعمرة الواجب وغير الواجب في ذلك سواء، وكذلك هنا هو بمنزلة أهل مكة في حكم قضاء هذه العمرة.

اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى

كان يقول: لا خير في شيء من صيد البحر سوى السمك، وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: لا بأس بصيد البحر كله^(١).

وقال أبو يوسف رحمه الله: سألت أبا حنيفة رحمته عن حشيش الحرم فقال: أكره أن يرعى من حشيش الحرم شيئاً أو يحتش^(٢) منه. قال: وسألت ابن أبي ليلى عن ذلك فقال: لا بأس أن يحتش من الحرم ويرعى منه^(٣). قال: وسألت الحجاج بن أرطاة فأخبرني أنه سأل عطاء بن أبي رباح فقال: لا بأس أن يرعى وكره أن يحتش. وبه نأخذ. قال أبو

(١) قال السرخسي: والذي يرخص للمحرم من صيد البحر هو السمك خاصة فأما طير البحر لا يرخص فيه للمحرم، ويجب الجزاء بقتله. وهذا لأن الله تعالى أباح صيد البحر مطلقاً بقوله عز وجل: ﴿أَجَلٌ لَّكُمْ صَيْدُ الْبَحْرِ﴾ الآية. فالبحر والحلال فيه سواء، ولأن المحرم بالنص قتل الصيد على المحرم والقتل في صيد البحر لا يتحقق، ولأن صيد البحر ما يكون بحري الأصل والمعاش كالسمك، فأما الطير فهو بري الأصل بحري المعاش، لأن تولده يكون في البر دون الماء فيكون من صيد البر، ألا ترى أن ما يكون مائي الأصل وإن كان قد يعيش في البر كالضفدع جعل مائياً باعتبار أصله. حتى لا يجب على المحرم بقتله شيء. وكذلك ما يكون بري الأصل لا يرخص للمحرم فيه. قال ابن الهمام في الفتح: واختلف في أنه هل يباح كل ما كان من صيد البحر أو ما يحل أكله منه فقط؟ فهي المحيط: كل ما يعيش في الماء يحل قتله وصيده للمحرم اهـ. قال بعضهم: كالسمك والضفدع والسرطان وكلب الماء. وفي مسائل الكرماني: الذي يرخص من صيد البحر هو السمك خاصة، والأصح هو الأول، لأن قوله تعالى: ﴿أَجَلٌ لَّكُمْ صَيْدُ الْبَحْرِ وَطَعَامُهُ﴾ يتناول بحقيقته عموم ما في البحر. وفي الدائع: أما صيد البحر فيحل اصطیاده للحلال والمحرم جميعاً مأكولاً أو غير مأكول، واستدل بالآية، وأما ما في الأصل من قوله: والذي يرخص للمحرم من صيد البحر هو السمك خاصة فأما الطير فلا يرخص فيه للمحرم، فقد شرحه في المبسوط بما يفيد تعميم الإباحة وأن المراد ما يقابل المائي بالسمك، فالضفدع جعله شمس الأئمة في المبسوط من صيد البحر مطلقاً، وكذا قاضيخان. قلت: نص الإمام بقوله: «لا خير في شيء من صيد البحر سوى السمك» يأبى تأويلهم بما يفيد تعميم الإباحة بل المفهوم منه المصرح بتخصيص الإباحة بالسمك. فالصحيح قول الكرماني دون ما في المحيط، والله أعلم.

(٢) في المغرب: وحششت الحشيش: قطعته. واحتششته: جمعته - عن الجوهري.

(٣) وفي المبسوط ج ٤ ص ١٠٤: وكما لا يرخص في قطع الحشيش في الحرم بالمنجل فكذلك لا يرخص في رعي الدواب في قول أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: لا بأس بالرعي، لأن الذين يدخلون الحرم للحج أو العمرة يكونون على الدواب ولا يمكنهم مع الدواب من رعي الحشيش فهي ذلك من المحرم مالا يخفى فيرخص فيه لدفع المحرم. وعلى قول ابن أبي ليلى لا بأس بأن يحتش ويرعى لأجل البلوى والضرورة فيه. فإنه يشق على الناس حمل علف الدواب من خارج الحرم، ولكن أبو حنيفة ومحمد استدلا بقوله تعالى: «لا يخلئ حلالها ولا يعصد شوكتها» وفي الاحتشاش ارتكاب الهبة، وكذلك في رعي الدواب لأن مشاير الدواب كالمساجل. وإنما تعتبر البلوى فيما ليس فيه نص بخلافه، فأما مع وجود النص لا معتبر به.

اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى

٤٨١

يوسف رحمه الله: سألت أبا حنيفة رحمته ^(١) قال: لا بأس أن يخرج من تراب الحرم وحجارته إلى الحل. وبه نأخذ ^(٢). قال: وسمعت ابن أبي ليلى يحدث عن عطاء بن أبي رباح عن ابن عباس وعمر رضي الله عنهما أنهما كرها أن يخرج من تراب الحرم وحجارته إلى الحل شيئاً. وحدثنا شيخ عن زرير ^(٣) مولى علي بن عبد الله بن عباس ^(٤) أن علي بن عبد الله كتب إليه أن يعث إليه بقطعة من المروة ^(٥) يتخذها مصلى يسجد عليها ^(٦). قال: وإذا أصاب الرجل حماماً من حمام الحرم، فإن أبا حنيفة رحمته كان يقول: عليه قيمته. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: عليه شاة. وسمعت ابن أبي ليلى يقول في حمام الحرم عن عطاء بن أبي رباح شاة ^(٧).

(١) كذا في الأصل ولعل بعض العبارة سقط من الأصل نحو قوله عن إخراج تراب الحرم أو نحوه. والله أعلم.

(٢) قال الإمام المرحسي محتجاً لأئمتنا: ولكننا نقول: ما جاز الانتفاع به في الحرم يجوز إخراج من الحرم كالبسات، وما لا يجوز إخراج من الحرم لا يجوز الانتفاع به في الحرم كالصيد، وبالإجماع له أن يتفزع بالحجارة والتراب في الحرم، فيكون له أيضاً إخراج ذلك من الحرم. وما روي عن عمر (كذا) وابن عباس شاذ فقد ظهر عمل الناس بخلافه، فإنهم تعارضوا إخراج القدور من الحرم من غير تكبير متكر، وإخراج التراب الذي يجمعونه من كنس سطح البيت ونحو ذلك ويتبركون بذلك، وكل أثر شاذ يكون عمل الناس ظاهراً بخلافه فإنه لا يكون حجة.

(٣) لم أجده في الكتب الموجودة عندي.

(٤) علي بن عبد الله بن عباس الهاشمي أو محمد المدني. روى عن أبيه وأبي هريرة. وعنه سواه محمد وعيسى وداود وسليمان وغيرهم. قال ابن سعد: ثقة، قليل الحديث، أجل من على وجه الأرض. ولد سنة أربعين، كان يسجد كل يوم ألف سجدة. مات سنة ١١٧.

(٥) في المغرب: المروة حجر أبيض رقيق يجعل منه المطار وهي كالكسكاكين لبديحها.

(٦) ضمير المؤنث، وكان في الأصل عليه بتذكير الضمير وليس بصواب إلا أن يكون تأويل الخبر.

(٧) وهو قول محمد أيضاً. وفي المسوط ج ٤ ص ٨٣: وأبو حنيفة وأبو يوسف أخذوا يقول ابن عباس رضي الله عنهما فإنه فسر المثل بالقيمة. والمعنى الفقهي يشهد له، فإن الحيوان لا مثل له من جنسه، ألا ترى أن في حق حقوق العباد يكون الحيوان مضموناً بالقيمة دون المثل فكذلك في حقوق الله تعالى، وكما أن المثل مخصوص عليه ها فكذلك في حقوق العباد في قوله تعالى ﴿فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا آتَعْتَنِي عَلَيْهِمْ﴾ يوضحه أن المماثلة بين الشيئين عند اتحاد الجنس أبلغ منه عند اختلاف الجنس، فإذا لم تكن العامة مثلاً للعامة كيف تكون البذنة مثلاً للعامة وانتل من الأسماء المشتركة فمن ضرورة كون الشيء مثلاً لغيره أن يكون ذلك الغير مثلاً له، ثم لا تكون العامة مثلاً للبذنة عند الإلتفاف، فكذلك لا تكون البذنة مثلاً للعامة، وإذا تعدد اعتبار المماثلة صورة وجب اعتبارها بالمعنى وهو القيمة. فأما قوله: ﴿بَيْنَ النَّعْمِ﴾ فقد قيل: فيه تقديم وتأخير ومصاه فجزء مثل ما قتل يحكم به دوا عدل منكم من النعم هدنياً بالغ الكعبة. إلى أن

اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى

قال: وسئل أبو حنيفة عن المحرم يصيب الصيد فيحكم عليه فيه عناق أو جمره أو شه ذلك فقال: لا يجرى في هدي الصيد إلا ما يجرى في هدي المتعة؛ الجذع من الضأن إذا كان عظيمًا أو الشني من المعز والمقر والإبل فما فوق ذلك لا يجرى ما دون^(١) ذلك، ألا ترى إلى قول الله عز وجل في كتابه في جزاء الصيد: ﴿هَذَا بَلْغُ الْكَفَّةِ﴾ وسألت ابن أبي ليلى عن ذلك فقال: يبعث به وإن كان عناقًا أو حملاً. قال أبو يوسف: آخذ بالأثر في العناق والجفرة. وقال أبو حنيفة رحمته في ذلك كله قيمته. وبه نأخذ^(٢).

قال: وإيجاب الصحابة لهذه الطائر لا باعتبار أعيانها بل باعتبار القيمة، إلا أنهم كانوا أرباب المواشي فكان ذلك أيسر عليهم من القود، وهو نظير ما قال علي رحمته في ولد المفرور: «وبعك العلام بالعلام، والجارية بالجارية» المراد القيمة. والاختلاف في هذه المسألة في فصول: أحدها ما يبي، والثاني أن الذي أتى الحكمين يقوم الصيد فإذا ظهرت قيمته فالحيار إلى المحرم بين التكفير بالهدي والإطعام والصيام في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وعند محمد الحيار إلى الحكمين، فإذا عينا نوعًا عليه يلزمه التكفير به بعينه. والتفصيل في المبسوط فمن شاء زيادة التفصيل فليراجعه.

(١) وفي المبسوط ج ٤ ص ٩٣ ولأن الواجب بالنص هدا هدي قال الله تعالى: ﴿نَلْغُ الْكَفَّةِ﴾ فهو بصرلة هدي المتعة والقران فكما لا يجرى الحمل والعناق في هدي المتعة والقران لا يجرى هدا (أي في هدي الجراء) وأبو يوسف ومحمد وابن أبي ليلى جوزوا ذلك في جزاء الصيد استحسانًا بالآثار التي جاءت به، فإن الصحابة قالوا: في الأرنب عناق وفي اليربوع جفرة، ولأن الرجل قد يسمى الدراهم والثوب هديًا. ألا ترى أن الرجل لو قال: لله علي أن أهدي هذه الدراهم، يلزمه أن يفعل ذلك فالحمل والعناق أولى في ذلك ولا يستقيم قياسه على المتعة لأنه قياس المنصوص بالمنصوص، ولأن الهدي قد يكون عناقًا وفصيلًا وجدًا، ألا ترى أنه لو أهدي ناقة فتحت كان ولدها هديًا معها ينحر؟ ولو كان غير هدي لكان يتصدق به كذلك قل البحر، ولكن أبو حنيفة يقول: أجره هديًا نعم لا مقصودًا كما لا يجوز النصيحة تبعًا لا مقصودًا إذا تحت الأضحية.

(٢) كنا في الأصل: في ذلك كله قيمته. وبه نأخذ. والصواب حذف وبه نأخذ، لأن أبا يوسف يخالفه في العناق والجفرة كما قال قبيل ذلك، وإنما يوافق في الذي لم تبلغ قيمته عناقًا ولا جمره. والمراد من القيمة تكفيره بالإطعام أو الصيام. قال في المبسوط (ج ٤ ص ٩٣): فإذا بلغت قيمة شيء من هذه الحيوانات حملاً أو عناقًا لم يحره الحمل ولا العناق من الهدي في قول أبي حنيفة وأدنى ما يجرى في ذلك الجذع العظيم من الضأن أو الشني من غيرها، فإن كان الواجب دون ذلك كفر بالإطعام أو الصيام، وجعل هذا قياس الأضحية فكما لا يجرى هناك التفريق بإراقة دم الحمل والعناق مقصودًا فكذلك هنا.

وذكر^(١) عن خصيف الحروري^(٢) عن أبي عبيدة^(٣) عن عبد الله بن مسعود^(٤) أنه قال: في بيض العامة يصيبه الحرم منه. وحدثنا داود بن أبي همد^(٥) عن عامر مثله، وسعد بن أبي ليلى يقول عن عطاء بن أبي رباح: في البيضة درهم. وقال أبو حنيفة^(٦) فيتها^(٧).

باب الديات

قال أبو يوسف رضي الله تعالى عنه: وإذا قتل الرجل الرجل عمداً والمقتول ورثة صغار وكبار، فإن أبا حنيفة^(٨) كان يقول: للكبار أن يقتلوا صاحبهم إن شاءوا^(٩). وكان ابن أبي ليلى

- (١) قوله وذكر عن خصيف أي حدث أبو يوسف عن خصيف الحروري ورواه في آثاره أيضاً عنه. ورواه طحطا بن محمد عن طريق عبد الله بن موسى وأبي يوسف وابن خسر عن طريق ابن رباح عن الإمام أبي حنيفة عن خصيف - الحديث. قلت: رواه البيهقي عن أبي خزيمة عن خصيف، ومن طريق الشافعي عن سعد بن سعيد بن بشير عن قتادة عن أبي عبيدة - الحديث، ورواه مرفوعاً أيضاً عن أبي هريرة وغيره.
- (٢) هو خصيف بن عبد الرحمن الخضرمي بكسر المعجمة الأولى، الأموي مولاها، أبو عمرو الحريري الحرزي. روى عن مجاهد وعكرمة وأبي عبيدة بن عبد الله، وعنه ابن إسحاق والسفيان، وحدثني روى له الأربعة، ضبعه أحمد. ووثقه ابن معين وأبو زرعة. قال ابن عدي: إذا حدث عن ثقة فلا بأس به. توفي سنة ١٣٦ وقيل ٣٧.
- (٣) هو عامر بن عبد الله بن مسعود الهذلي، أبو عبيدة الكوفي. روى عن أبيه في السنن الأربعة. قال عمرو بن مرة: سألت هل تذكر عن عبد الله شيئاً؟ قال: لا. وروى عن أبي موسى وكعب بن عجرة، وعنه إبراهيم النخعي ومجاهد ونافع بن جبير. فقد ليلة دجيل سنة إحدى وثمانين. قلت: روى له السنة.
- (٤) هو داود بن أبي همد القشيري مولاها، أبو بكر المصري أحد الأعلام. روى عن ابن المسيب وأبي العالية والشعبي وعاصم الأحول وأبي عثمان النهدي وخلق، وعنه يحيى بن سعيد قربه وقاتادة كذلك وشعبة والثوري وحماد بن سلمة وخلق. روى له الخمسة والبحاري تعليقا. وثقه أحمد والمعطي وأبو حاتم والسنائي. مات سنة تسع وثلاثين ومائة، وقبل أربعين.
- (٥) وفي المبسوط ج ٤ ص ٩٣: وفي بيض العامة علي الحرم فيتها. وفي الكتاب أي كتاب الأصل رواه عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما أنهما أوجبا في بيض العامة القيمة. قلت: حديث ابن مسعود رواه ابن أبي شيبة والبيهقي. وحديث عمر رواه ابن أبي شيبة عن إبراهيم عنه مقطفاً.
- (٦) قلت: وهو قول مالك أيضاً. قال في المبسوط ج ٢٦ ص ١٧٤: وأبو حنيفة استدل بما روي أن عبد الرحمن بن ملجم لما قتل علياً^(٧) قتله الحسن^(٨) به قصاصاً وقد كان في أولاد علي صغار ولم ينتظر بلوعهم وإنما فعل ذلك بأمر علي علي ما روي أنه لما بلغه أن ابن ملجم أحد ذناب للحسن: إن عشت رأيت فيه رأيي وإن مت فاقتله إن شئت. قال: واضربه صربة كما صرسي. وفي رواية: وإياك والمثلة فقد سمى رسول الله^(٩) عن المثلة ولو بالكل المغفور. ولا يقال: بما قتله لأنه كان مرتدًا مستحلاً لقتله إمام المسلمين علي ما روي أنه قتله وهو يتنقرونه تعالى: ﴿وَمِنَ النَّاسِ مَن يَشْرِي نَفْسَهُ ابْتِغَاءَ مَرْضَاتِ اللَّهِ﴾ لأنه وإن كان إمام المسلمين وكان قتله دناء عطيماً فلا يصير به القاتل مرتدًا إنما ذلك للأبياء خاصة واستحلاله كان بالتنازل عنه من جملة أهل النفي وهم يستحلون دماء أهل العدل وأموالهم، ألا ترى أنه علقه عنه فقال: فنبه

يقول: ليس لهم أن يقتلوا حتى يكر الأَصَاغر. وبه نأخذ^(١).
 حدثنا أبو يوسف عن رجل عن أبي جعفر أن الحسن بن علي رضي الله عنهما قتل
 ابن ملجم بعلي^(٢) وقال أبو يوسف: وكان لعلي أولاد صغار.
 قال: وإذا اقتتل القوم فانحلوا^(٣) عن قتل لم يدر أيهم أصابه، فإن أبا حذيفة
 كان يقول: هو على عاقلة القبيلة التي وحد فيها إذا لم يدع ذلك أولياء القتل على
 غيرهم. وكان ابن أبي ليلى رحمه الله تعالى يقول: هو على عاقلة الدين اقتتلوا جميعاً إلا أن
 يدعي أولياء القتل على غير أولئك. وهذا نأخذ^(٤).
 قال: وإذا أصيب الرجل وبه جراحة فاحتمل فلم يزل مريضاً حتى مات، فإن أبا
 حذيفة كان يقول: ديته على تلك القبيلة التي أصيب فيهم. قال محمد: وبه نأخذ^(٥).

إن شئت وأخره إلى ما بعد موته؟ ولو كان مرتدًا لما أخرج علي قتله. ولا يقال: قتله حداً لسعيه في
 الأرض بالفساد حتى قتل إمام المسلمين، لأن الساعي بالفساد يقتل الإمام لا يقتل قصاصاً. ألا
 ترى أنه اعتمر المائلة بقوله: «فاصريه كما صريري» وقد ذكر المرئي عن الشافعي قال: قتل ابن
 ملجم علياً متاولاً فأفيد به مدل أنه قتل قصاصاً إلخ. والتفصيل في المسوط فإنه أطل وأحاد.
 (١) قلت: وهو قول الإمام محمد أيضاً. أفاده المرحسي.
 (٢) وأخرجه البيهقي من طريق الشافعي عن أبي يوسف هكذا. وأخرجه في باب الرجل يقتل واحداً
 من المسلمين على التأويل من طريق الشافعي عن إبراهيم بن محمد عن جعفر بن محمد عن أبيه أن
 علياً قال في ابن ملجم بعد ما ضربه: «أطعموه واسقوه، وأحسنوا إساره. فإن عشت فأنا ولي
 دمي أعفو إن شئت، وإن شئت استقدت، وإن مت فقتلتموه فلا تشلوا» وذكر في الاستيعاب
 قصته بالاستيعاب.

(٣) في المسوط: وأجلوا عن قتل مكان أجلوا. وفي المغرب: وأجلوا عن قتل اكشمو عنه وامرجوا.
 (٤) وفي المسوط: وأما إذا أجلوا عن قتل ولا يعلم أيهم أصابه، فعلى قول أبي حذيفة ومحمد على عاقلة
 القبيلة الذين اقتتلوا جميعاً، وإليه رجع أبو يوسف. ذكر ما هنا قوله. وقد بينا المسألة في الدييات.
 (٥) وفي المسوط ج ٢٦ ص ١١٨: فإن كان صحيحاً يجيء ويذهب فلا شيء فيه. قال: رحمه فوننا
 أنه إذا كان صاحب فراش فهو مريض والمرض إذا اتصل به الموت يجعل كال ميت، ألا ترى أن في
 حكم التصرفات جعلت هذه الحال كالحال بعد موته؟ فكذلك في حكم القسامة والدية يجعل
 كأنه مات حين جرح في ذلك الموضع، فأما إذا كان صحيحاً يذهب ويجيء فهو في حكم
 التصرفات لم يجعل كال ميت من حين جرح فكذلك في حكم القسامة والدية. وعلى هذا اخرج
 إذا وجد على ظهر إنسان يحمله إلى بيته فمات بعد يوم أو يومين فإن كان صاحب فراش حتى
 مات فهو على الذي يحمله، كما لو مات على طهره، وإن كان يذهب ويجيء فلا شيء على من
 حمله. وفي قول ابن أبي ليلى لا شيء في الوجهين.

وكان ابن أبي ليلى يقول: ليس عليهم شيء، وكان أبو حنيفة رحمه الله يقول: القصاص لكل وارث. وبه تأخذ ^(١). وكان ابن أبي ليلى يحلل لكل وارث قصاصاً إلا الزوج والعروة.

قال: وإذا وجد القاتل في قبيلة، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: القسامة على أهل الحطة والعقل عليهم وليس على السكان ولا على المشتريين شيء. وبه تأخذ ^(٢). ثم قال أبو

(١) قال السرخسي في المبسوط ج ٢٦ ص ١٥٧: وكذلك يثبت حق الزوج والروحة في القصاص عندنا، وعلى قول ابن أبي ليلى لا يثبت حقهما في القصاص لأن سب استحقاقهما اهتد، والقصاص لا يستحق بالعقد، ألا ترى أن حق الموصي له لا يثبت في القصاص؟ وهذا لأن المقصود في القصاص التنفي والانتقام وذلك يختص به الأقارب الذين ينصر بعضهم بعضاً، وحثنا في ذلك قول النبي عليه الصلاة والسلام: «من ترك ما لا أو حقاً فلورثته» والقصاص حقه، لأنه بدل نفسه فيكون ميراثاً لجميع ورثته كالدية، والدليل عليه أن استحقاق الإرث بالزوجة كاستحقاقه بالقرابة حتى لا يتوقف على القبول ولا يرتد بالرد، وبه فارق الوصية. وهذا تبيين أن الاستحقاق ليس بالعقد.

(٢) وفي المبسوط ج ٢٦ ص ١١٢: وإذا وجد القاتل في قبيلة بالكوفة وفيها سكان وفيها من قد اشترى من دورهم فالقسامة والدية على أهل الحطة دون السكان والمشتريين. وهذه فصول: أحدها أنه ما بقي في المحلة أحد من أصحاب الحطة فليس على المشتريين من ذلك شيء في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وفي قول أبي يوسف وهو قول ابن أبي ليلى: المشتريون في ذلك كأصحاب الحطة، لأنهم قاموا مقام السانع، ولأنهم ملاك لبعض المحلة كأصحاب الحطة، وفيما يجب باعتبار الملك لا يختلف باختلاف سب لذلك كاستحقاق الشمعة، ألا ترى أن القاتل الموجود في دار رجل لا فرق بين أن يكون صاحب الدار مشترياً أو صاحب حطة؟ وكذلك في القاتل الموجود في الحطة، وأبو حنيفة وعمر قالوا: صاحب الحطة أحص بتدبير المحلة من المشتريين، ألا ترى أن المحلة تنسب إلى أصحاب الحطة دون المشتريين وأن المشتريين قلما يراحمون أهل الحطة في التدبير والقيام بحفظ المحلة؟ فكان صاحب الحطة أحص بحكم القسامة والدية من المشتريين أيضاً، بمرلة صاحب الدار في القاتل الموجود في داره مع أهل المحلة لما كان هو أحص بالتدبير في داره كان موجب ذلك عليه. ثم المشتريون أمتاع لأصحاب الحطة، وما بقي شيء من الأصل يكون الحكم له دون السانع. وقيل لما أجاب أبو حنيفة رحمه الله بهذا بناء على ما شاهد من عادة أهل الكوفة في زمانه أن أصحاب الحطة في كل محلة هم الذين يقومون بتدبير المحلة ولا يشاركونهم المشتريون في ذلك، فأما إذا تم بيع من أصحاب الحطة أحد وفيها سكان ومشتريون فهي عليهم. وهو قول ابن أبي ليلى، لأن رسول الله ﷺ قصى بها على أهل خيبر وقد كانوا سكاناً، ألا ترى أن عمر رضي الله عنه أجلاهم منها إلى الشام؟ وجه قول أبي حنيفة ومحمد رضي الله عنهما أن التدبير في أهل المحلة إلى أصحاب الملك دون السكان، لأن السكان ينتقلون في كل وقت من محلة إلى محلة دون أصحاب الملك. والدليل عليه أن ما يسي من الغنم شرعاً على القرب يختص به أصحاب الملك دون السكان وهو الشمعة، وكذلك ما يكون من الحرم شرعاً. ولا حجة في حديث خيبر فإنهم كانوا ملائكة قد أقرهم رسول الله ﷺ ونكح استثنى بقوله: أقركم ما أقركم الله، فهذا أجلاهم عمر رضي الله عنه، وما وطف عليهم كان بطريق الخراج. إلا أن يقال ثلث عليهم الأراضي، وقد بينا هذا في المراجعة.

اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى

يوسف بعد: على المشتري والسكان وأهل الحطة. وكان ابن أبي ليلى يقول: المدعى على السكان والمشتري معهم وأهل الحطة وكذلك إذا وجد في الدار فهو على أهل البيت. قبيلة تلك الدار والسكان الذين فيها في قول ابن أبي ليلى. وكان أبو حنيفة يقول: على عاقلة أرباب الدور خاصة وإن كانوا مشترين. وأما السكان فلا. وهذا تأخذ ثم رجع أبو يوسف إلى قول ابن أبي ليلى. وقول أبي حنيفة المعروف: ما بقي من أهل الحطة رحل فليس على المشتري شيء.

قال: وإذا قطع رحل يد امرأة أو امرأة يد رجل، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: ليس في هذا قصاص، ولا قصاص فيما بين الرجال والنساء فيما دون النفس^(١) ولا فيما بين الأحرار والعبيد فيما دون النفس، ولا قصاص بين الصبيان في النفس ولا غيرها. وكذلك حدثنا أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم. وبه تأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: القصاص بينهم في ذلك وفي جميع الجراحات التي يستطيع فيها القصاص.

قال: وإذا قتل الرجل رجلاً بحلاً بعضاً أو نححر فضربه ضربات حتى مات من ذلك، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: لا قصاص بينهما. وكان ابن أبي ليلى يقول: بينهما القصاص. وبه تأخذ^(٢).

(١) قال السرخسي في مبسوطه ج ٢٦ ص ١١٣: ولو وجد القتل في دار رجل قد اشتراها وهو من غير أهل الحطة فأهل الحطة براء من ذلك والقسامة على صاحب الدار، وعلى قومه الدية، لأن التدبير في حفظ الملك الخاص إلى المالك دون أصحاب الحطة من أهل الحلة، والقتل السجود في ملك خاص يجعل كأن صاحب الملك هو القاتل له في حكم القسامة والدية، فهذا كانت القسامة عليه والدية على عاقلة.

(٢) قال السرخسي في مبسوطه ج ٢٦ ص ١٣٦: ولكنا نقول: لا مماثلة بين طرف الرجل وطرف المرأة في السفعة ولا في البذل، والمماثلة معثرة في القصاص في الأطراف دليل أن الصحيحة لا تستوفي بالشلاء للنفات يسهما في البذل والمنفعة. ولا معنى لقولهم: إن الشلاء ميتة لا روح فيها، لأن استيماءها في القصاص جائز وقطعها يتألم صاحبها ويجب حكومة العدل لقطعها. فعمداً أن الحياة فيها باقية ولكن التفات في البذل فلا تقطع الصحيحة بها، بخلاف النفوس فالمعتبر هناك المساواة في الفعل حتى تستوفي النفس الصحيحة بالرمية. إلى أن قال: ولا تقض يد الحر بيد العبد عنده، وعدداً لا يجري القصاص بين العبد والأحرار ولا بين العبد فيما دون النفس لاعداد المساواة في البذل.

(٣) قلت: وهو قول محمد أيضاً. قال السرخسي: وقد بينا السألة في الديات، إلا أن هناك يذكر أن عددها إما يجب القصاص في القتل بالحجر الكبير والعصا الكبير، فأما القتل بالعصا الصغير بالصرب بالمواولة لا يجب القصاص به عدداً، وإما يجب عند الشافعي، وهذا نص عن الخلاف في هذا الفصل أيضاً. وهكذا ذكره الطحاوي رحمه الله، وكان الطحاوي إذا اعتد هذه الرواية فيما أورده في كتابه وهو الأصح، فالمعتبر عددها الفصل إلى القتل بها لا يضيق النفس بحسبه.

اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى

٤٨٧

قال: وإذا عض الرجل يد الرجل فانتزع المعضوض يده فقلع منها من أمس العاص، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: لا ضمان عليه في السن لأنه قد كان له أن يسرع يده من فيه. وبه يأخذ. وقد بلغنا عن رسول الله ﷺ أن رجلاً عض يد رجل فانتزع يده من فيه فسرعه ثبته فأبطلها رسول الله ﷺ وقال: «أبعض أحدكم أخاه عض الفحل»^{*}. وكان ابن أبي ليلى يقول: هو صامن لدية السن^(١). وهما يتفقان فيما سوى ذلك مما يحكى في الحسد سواء في الضمان.

والعصا الصغير مع المولاة في ذلك بمنزلة العصا الكبير، قلت: وحجة الإمام ما رواه أبو داود والنسائي وابن ماجه وابن حبان عن عبدالله بن عمرو عن طريق القاسم بن ربيعة عن عقبة بن أوس عنه، وفي رواية للنسائي والطحاوي عن عقبة عن رجل من الصحابة رفعه: «ألا إن دية الخطأ شبه العمد ما كان بالسوط والعصا مائة من الإبل منها أربعون في بطونها أولادها»^{*}. ولعل الطحاوي أن رسول الله ﷺ خطب يوم فتح مكة فقال في خطبته: «ألا إن قتيل خطأ العمد بالسوط والعصا والحجر فيه دية مغلظة مائة من الإبل منها أربعون حلفة في بطونها أولادها»^{*} وعبد الدارقطني عن القاسم عن عبدالله بن عمرو ليس فيه عقبة، وأخرجه أصحاب السنن وابن أبي شيبة وأحمد والشافعي وعبد الرزاق وإسحاق عن القاسم بن ربيعة عن ربيعة عن عبدالله بن عمرو قال ابن القطان: هو حديث صحيح ولا يضره هذا الاختلاف فإن عقبة ثمة.

(١) أخرجه البخاري من حديث شعبة عن قتادة عن زارة بن أوفى عن عمران بن حصين أن رجلاً عض يد رجل فمزع يده من فيه فوفعت ثنيته فاختصموا إلى النبي ﷺ فقال: «بعض أحدكم أخاه كما بعض الفحل! ولا دية له» وأخرج من طريق ابن جريج عن عطاء عن صفوان بن يحيى عن أبيه قال: «خرجت في غزوة فعض رجل فانتزع ثنيته فأبطلها النبي ﷺ». قلت: والحديث معروف مخرج في كتب الحديث.

(٢) وفي المبسوط: وإذا عض رجل يد رجل فانتزع المعضوض يده من فم العاص فقلع شيئاً من أسنانه، فعدنا لا ضمان عليه في السن، وعند ابن أبي ليلى هو ضمان من العضة (كدام) لأنه صار قائماً سنة بتزع اليد من فمه إلا أنه معدوم في ذلك وذلك لا يسقط الضمان عنه كالحايطي والمصطر، ألا ترى أنه لو جنى على موضع آخر من جسده ليدفع به أذاه عن نفسه كان صاماً؟ وكذلك إذا نزع يده من فمه. ولكننا نقول: هو فيما صنع دافع للأذى عبر مباشر للحياة ولا يكون ضاماً، بمنزلة ما لو قصد قتله فدفعه عن نفسه فسقط ممان. يوضحه أن صاحب السنن هو الجاني بمضغ يده غيره على وجه يسقط سنة بتزع اليد. وهذا خلاف ما إذا جنى على موضع آخر من جسده، لأن المعضوض يده هو المباشر لتلك الجناية من غير ضرورة فإنه يتمكن من دفع الأذى عن نفسه بتزع اليد من فمه، فإذا اشتغل بالحناية على جسده في محل آخر كان صاماً لذلك، وهذا لا يتمكن من دفع الأذى إلا بتزع اليد من فمه.

* رواه أبو داود (١٨٥/٤)، والبيهقي (٦٨/٨)، وانظر: نصب الراية (٣٣١/٤، ٣٥٦).

** رواه البخاري (٧٩٠/٢)، (٢٥٢٦/٦)، ومسلم (١٣٠١/٣).

اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى

قال: وإذا نفحت^(١) الدابة برجلها وهي تسير، فإن أبا حنيفة عليه السلام كان يقول: لا ضمان على صاحبها، لأنه بلغنا عن رسول الله ﷺ أنه قال: «الرجل جبار»^(٢). وبه نأخذ^(٣). وكان ابن أبي ليلى يقول: هو ضامن في هذا لما أصابت. قال: وكان أبو حنيفة عليه السلام يقول في الرجل إذا قتل العبد: إن قيمته على عاقلة القاتل. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: لا تعقله العاقلة. ثم رجع أبو يوسف فقال: هو مال لا تعقله العاقلة وعلى القاتل قيمته بالغا ما بلغ حالاً^(٤).

(١) في المغرب: نفحته الدابة: صرخته بعد حاقرها.
(٢) وأخرجه هو ومحمد في آثارهما عن أبي حنيفة عن حماد عن إبراهيم مرسلًا ولمطه: «العجماء جبار، والقلب جبار، والمعدن جبار، وفي الزكوار الخمس» وأخرجه الطبراني في الأوسط عن ابن مسعود مرفوعًا مسندًا، وأخرجه الشيخان عن أبي هريرة في أثناء حديث.
(٣) قال في الميسوط ج ٢٦ ص ١٨٩: وإن نفحته برجلها وهي تسير فلا ضمان على الراكب لقوله عليه السلام. «الرجل جبار»: أي هدر. والمراد بصفة الدابة بالرجل وهي تسير، وهذا لأنه ليس في وسعه التحرر من ذلك، لأن وجه الراكب أمام الدابة لا خلفها، وكذلك النفحة بالذنب ليس في وسعه التحرر عن ذلك.

وقال ابن أبي ليلى: هو ضامن لجميع ذلك، وفاس الذي يسير على الدابة بالذي أوقف دابته في الطريق فنفحت برجلها أو يدها فكما أن هائلًا يجب ضمان الذية على عاقله فكذلك هنا، ولكننا نقول في الفرق بينهما هو مسوع من إيقاف الدابة على الطريق لأن ذلك مضر بالمارة، ولأن الطريق ما أعد لإيقاف الدواب فيه فيكون هو في شغل الطريق بما لم يعد الطريق له متعديًا والمتعدي في التسبب يكون ضامنًا، فلهذا يسوي فيه بين ما يمكن التحرر عنه وبين ما لا يمكن وهذا لأنه إن كان لا يمكن التحرر عن النفحة بالرجل والذنب فهو يمكنه التحرر عن إيقاف الدابة، بخلاف الأول، فإن السير على الدابة في الطريق مباح له، لأن الطريق معد لذلك، ولأنه لا يضر بغيره وهو محتاج إلى ذلك فربما لا يقدر على المشي فيستعين بالسير على الدابة، وإذا لم يكن نفس السير حاية قلنا لا يلزمه ضمان ما لا يستطيع الامتناع منه، ألا ترى أن الماشي في الطريق لا يكون ضامنًا لما ليس في وسعه الامتناع منه بخلاف الخالس والناثم في الطريق؟

(٤) وفي الميسوط ج ٢٧ ص ٢٨: وروي عن أبي يوسف ومحمد أن العاقلة لا تعقل نفس العبد، وهو قول ابن أبي ليلى. واستدل فيه بقوله عليه السلام: «لا تعقل العاقلة عبدًا ولا عبدًا»* والمراد أن نفس العبد لا تعقلها العاقلة وهذا لأن العبد يحل للتملك بالعقد وما يجب من انصاف باتلامه يكون على المثل في ماله كسائر الأموال وحسب في ذلك أن القيمة الواجبة بإتلاف نفس العبد بمنزلة الذية الواجبة بإتلاف نفس الحر، وذلك على العاقلة مؤجلًا في ثلاث سنين، فهذا مثله، وهذا لأن معنى النفقة لا يدخل تحت القهر فلا يتأولها المالك بل العبد فيه بمصلحة -

* رواه ابن أبي شيبة (٤٠٥/٥)، وعبد الرزاق (٤١٠/٩)، والبيهقي (١٠٤/٨، ١٠٨)، والدارقطني (١٧٨/٣). وانظر: الدراية (٢٨٠/٢)، والنلحيص (٣٣/٤). ونصب الترية (٤) ٣٧٩، ٣٩٩.

باب السرقة

قال أبو يوسف رحمته: وإذا أقر الرجل بالسرقة مرة واحدة والسرقة تساوي عشرة دراهم فصاعداً، فإن أبا حنيفة رحمته كان يقول: أقطعه، ويقول: وإن لم أقطعه حمله عليه دينا ولا قطع في الدين. وكان ابن أبي ليلى يقول: لا أقطعه حتى يقر مرتين. وهذا نأخذ. ثم رجع إلى قول أبي حنيفة ^(١).

وإن كان المسروق منه غائبا، فإن أبا حنيفة رحمته قال: لا أقطعه وهذا نأخذ. وكان

الحرء ألا ترى أنه يتعلق القصاص بقتله عمداً كما يتعلق بقتل الحر؟ وكذلك الكفارة في الخطأ ولا مدخل للقصاص ولا كفارة في ضمان الأموال، معرفتنا أن المال واجب هبنا بالصبر بحلاف القياس، لأن المال لا يكون مثلاً لما ليس بمال، وما لا يكون مملوكاً من الأدسي لا يكون مالا، وإسبا وجوب المال بقوله تعالى: ﴿وَدِيَّةٌ مِّسْكِينٌ﴾ إلا أن هذه الدية في حق العبد القيمة وفي حق الحر مائة من الإبل كما بيّنه الشرع، والدية تجب على العاقلة موحدة في ثلاث سنين في حالة الخطأ، وهذا المعنى خالف النفس ما دون النفس لأن ما دون النفس لا مدخل فيه للكفارة والقصاص وتأويل الأحاديث أن العاقلة لا تعقل جناية العبد على نفس العبد. وبه نقول. ثم الواجب بالحماية على نفس المملوك قيمته، قلّت قيمته أو كثرته، غير أنها لا تتراد على دية الحر ولا تنقص عن عشرة آلاف إلا عشرة دراهم إذا كان العبد كبير القيمة في قول علمائنا رحمهم الله الخ.

(١) وفي المبسوط ج ٩ ص ١٨٢ وإذا أقر السارق بالسرقة مرة واحدة قطعت يده في قول أبي حنيفة وعمره. وقال أبو يوسف وابن أبي ليلى: لا يقطع ما لم يقر مرتين، وكذلك الخلاف في الإقرار بشرب الخمر، وذكر بشر رجوع أبي يوسف إلى قول أبي حنيفة. وحجتهم ما روي عن علي رحمته أن رجلاً أقر بالسرقة عنده مرتين فقطع يده، وهذا لأنه حد الله تعالى فيعتبر عدد الإقرار فيه بعدد الشهادة كحد الرنا، ولهذا روي عن أبي يوسف أنه شرط إفرازين في مجلسين مختلفين، وأبو حنيفة وعمره رحمهما الله تعالى استدلا بما روي عن النبي ﷺ أنه أتى ببارق فقال: «أسرفت؟ ما إخاله سرق». فقال: سرقته، فأمر بقطعه ولم يشترط عدد الإقرار فيه، ولأن ما ثبت بشهادة شاهدين من العقوبات يثبت بإقرار واحد كالقصاص. وقد بينا أن الرنا مخصوص من بين نظائره. وفي الكتاب علل فقال: لو لم أقطعه في المرة الأولى لم أقطعه في المرة الثانية لأن المال صار ديناً عليه بالإقرار الأول فهو بالإقرار الثاني يريد إسقاط الضمان عن نفسه بقطع يده فيكون مذهبنا في ذلك، وإن كان المال فائداً بعبه وددته بعد الإقرار الأول قبل الإقرار الثاني فكيف يلزمه أن يقطع بالإقرار لعدم رد المال؟ ألا ترى أن الشهادة لا يلزمه القطع بعد رد المال؟ فبالإقرار أولى. وإن رجع قبل أن يقطع دريئ القطع لأنه ليس هبنا من يرد جحوده إذ القطع من حق الله تعالى فيتحقق التعارض بين الخبرين. فأما في حق المال لا يصح رجوعه لأن السروق منه يكفنه في الرجوع والمال حقه.

اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى

اس أبي ليلى يقول: أقطعه إذا أقر مرتين وإن كان المسروق منه عائناً^(١).
قال: وإن كانت السرقة تساوي خمسة دراهم، فإن أبا حنيفة عليه السلام كان يقول: لا قطع فيها. بلغنا عن رسول الله ﷺ...^(٢)

(١) وفي المبسوط ج ٩ ص ١٤٢: وعندنا لاند من حضرة المسروق منه في الإقرار والشهادة جيباً عند الأداء وعند القطع، لأن ظهور فعل السرقة لا يكون إلا به فلا يد من أن يكون المسروق مملوكاً لمير السارق فإذا قطع قل حضوره كان استيفاء الحد مع الشبهة لحوار أن يرد إقراره فيبقى المال مملوكاً لمن يده، أو كان أقر له بالملك بعد شهادة الشهود، أو أنه كان صبياً عنده. ولا معتبر بحضور وكيله عند الاستيفاء لأن الوكيل قائم مقامه، وشرط الحد لا يستلزم هو قائم مقام الغير. وإذا حصر المسروق منه والشاهدان عائتان لم يقطع حتى يحصر في قول أبي حنيفة الأول. وفي قوله الآخر وهو قول أبي يوسف وعمد يقطع، وكذلك بعد موت الشهود. قلت: تفصيل السألة في المبسوط. ومن شاء فليراجعه. وفي ص ١٨٨ منه: فإن أقر بالسرقة والمسروق منه غائب ففي القياس يقطع وهو رواية عن أبي يوسف، لأنه أقر بوجوب الحد عليه حفظاً لله تعالى فيستوفيه الإمام منه وفي الاستحسان لا يقطع للشبهة فإن المسروق منه إذا حصر ربما يكذبه في الإقرار وقد بيا.

(٢) قلت: أخرج أبو يوسف في حراجه عن هشام بن عروة عن أبيه: كان السارق في عهد رسول الله ﷺ يقطع في شئ المجن، وكان للمجن يومئذ ثمن، ولا يقطع في الشيء التافه. وروى عن هشام عن عروة عن عائشة: لم يكن يقطع على عهد رسول الله ﷺ في الشيء التافه. روى الطبراني عن محمد بن نوح بن حرب عن خالد بن مهران عن أبي مطيع الثلجي عن أبي حنيفة عن القاسم بن عبد الرحمن عن أبيه عن ابن مسعود عن النبي ﷺ أنه قال: «لا يقطع إلا في عشرة دراهم». وأخرجه الحارثي من طريق أبي مطيع وخلف بن ياسين وابن المطمير من طريق خلف كلاهما عن الإمام بالسند المذكور ولفظه: «كان تقطع اليد على عهد رسول الله ﷺ في عشرة دراهم». رواه محمد في الأصل عن ابن عمر عن رسول الله ﷺ أنه لا تقطع اليد إلا في شئ المجن وهو يومئذ يساوي عشرة دراهم. وأخرجه النسائي والطحاوي والحاكم والطبراني عن مجاهد عن أبيه رفعه: «لا تقطع إلا في دينار أو عشرة دراهم». وأخرجه أبو داود عن ابن عباس أن النبي ﷺ قطع يد رجل في مجن قيمته دينار أو عشرة دراهم. وأخرجه الطحاوي والنسائي والحاكم أيضاً عنه، ولفظه: كان قيمة المجن الذي قطع فيه رسول الله ﷺ عشرة دراهم. ورواه النسائي وابن أبي شيبة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده نحوه. وأخرج أحمد والدارقطني من هذا الوجه بلفظ «لا يقطع السارق في أقل من عشرة دراهم». وأما قول علي فقال أبو يوسف في حراجه بعد نقل قول ابن مسعود: وقد بلغنا نحو من ذلك عن علي عليه السلام. وقال البيهقي عن الشافعي: رواه الزعفراني عن الشعبي عن علي عليه السلام. قال الحافظ علاء الدين في الخوهر النقي: روى عبد الرزاق عن الحسن بن عمار عن الحكم عن يحيى بن الجرار عن علي عليه السلام: «لا يقطع الكف في أقل من دينار أو عشرة دراهم» وأخرجه البيهقي عن جعفر بن محمد بن مروان عن عاصم قال: أظنه ابن عمر عن إسماعيل عن جوير عن الصباحك عن الرمال عن علي عليه السلام: «لا تقطع اليد إلا في عشرة دراهم، ولا يكون المهر أقل من عشرة دراهم» قال: هذا إسناد يجمع بمجهولين وضعاء.

دوہذا (۱)

قَلَمٌ يَقْطَعُهُ،

قال القاري

(١) وفي المسوط

7/72 301.141 •

و مشر معائنہ

اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى

قال: وإذا شهد الشاهدان على رجل بالسرقة والمسروق منه غائب، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: لا أقبل الشهادة والمسروق منه غائب، رأيته لو قال: لم يسرق مني شيئا أكت أنقطع السارق؟ وبه يأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: أقبل الشهادة عليه وأقطع السارق ^(١).

قال: وإذا اعترف الرجل بالسرقة مرتين وبالرما أربع مرات ثم أنكر بعد ذلك، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: يدرأ عنه الحد فيهما جميعاً ونضمنه السرقة. وقد بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم حين اعترف عنده ماعز بن مالك رضي الله عنه وأمر به أن يرجم هرب حين أصابته الحجارة، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ^(٢) «فهلأ خليتكم سبيله!» حدثنا بذلك أبو حنيفة ^(٣) يرفعه

(١) وفي المبسوط ج ٩ ص ١٤٢: وإن شهد شاهداً على رجل بالسرقة سئلاً عن ماهيتها وكيفيتها، فإذا يبوا جميع ذلك والفاسي لا يعرف الشاهدين حبسه حتى يسأل عنهما، فإن زكيا وقيمة المسروق نصاب كامل والمسروق منه غائب لم يقطع إلا بحضوره. وكان ابن أبي ليلى يقول: لا حاجة إلى حضرة المسروق منه وتقبل الشهادة على السرقة وحسبه كالزنا لأن المستحق بكل واحد منهما حد هو خالص حق الله تعالى. إلى أن قال: وعندنا لابد من حضرة المسروق منه في الإقرار والشهادة جميعاً عند الأداء وعند القطع، لأن ظهور فعل السرقة لا يكون إلا به فلا بد من أن يكون المسروق مملوكاً لغير السارق، فإذا قطع قبل حضوره كان استيفاء الحد مع الشبهة لجواز أن يرد إقراره فيبقى المال مملوكاً لس في يده، أو كان أقر له بالملك بعد شهادة الشهود، أو أنه كان ضيماً عنده. ولا يعتبر بحضور وكيله عند الاستيفاء، لأن الوكيل قائم مقامه وشرط الحد لا يثبت بما هو قائم مقام الغير.

(٢) وفي المبسوط ج ٩ ص ١٩١: وإن أقر الرجل بالسرقة ثم هرب لم يطلب وإن كان في دوره ذلك، لأن هربه دليل رجوعه. ولو رجع عن الإقرار لم يقطع، فكذلك إذا هرب. والأصل فيه قول رسول الله صلى الله عليه وسلم لماعز حين أخبر بالحرب فقال: «هلأ خليتكم سبيله؟» ولكنه إذا أتى بعد ذلك كان صامئاً للمال، كما لو رجع عن إقراره، فإنه يسقط القطع به دون الضمان. وقال في الحدود ج ٩ ص ٩٤: فإن أمر برجمه فرجع عن قوله درئ الحد عنه عندنا. وقال ابن أبي ليلى: لا يدرأ عنه الحد برجوعه، وكذلك الخلاف في كل حد هو خالص حق الله تعالى، واعتبر هذا الإقرار بسائر الحقوق مما لا يدرئ بالشبهات أو يندري بالشبهات كالتقصاص وحد القذف، فالرجوع عن الإقرار باطل في هذا كله. وحجتنا فيه أن النبي صلى الله عليه وسلم لقن المغر بالسرقة الرجوع، فلو لم يصح رجوعه لما لقنه ذلك، فقد روي أن ماعرا رضي الله عنه لما هرب انطلق المسلمون في أثره فرجموه، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: «هلأ خليتكم سبيله!» ولأن الرجوع بعد الإقرار إما لا يصح في حقوق العباد بوجود خصم يصدقه في الإقرار ويكذبه في الرجوع، وذلك غير موجود فيما هو خالص حق الله تعالى فيعارض كلامه الإقرار والرجوع، وكل واحد منهما متمثل بين الصدق والكذب والشبهة تنبت بالمعارضة.

(٣) رواه أبو يوسف عنه في كتاب الآثار عن علقمة بن مرثد عن اس بريدة عن أبيه عن النبي صلى الله عليه وسلم، وأخرجه البخاري في مسنده من طريق أبي يوسف وابن المبارك وأسد وغيرهم بسنده المذكور.

إلى النبي ﷺ. وبه يأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: لا أقبل رجوعه فيهما جنيهاً وأمصى عليه الحد.

قال: وإذا دخل الرجل من أهل الحرب إلينا بأمان فسرق عندما سرقه، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: يصمن السرقة ولا يقطع، لأنه لم يأخذ الأمان لتحرري عبه الأحكام^(١). وكان ابن أبي ليلى يقول: نقطع يده. وبه يأخذ. ثم رجع إلى قول أبي حنيفة رضي الله عنهما.

باب القضاء

قال أبو يوسف رحمه الله: وإذا أثبت القاضي في ديوانه الإقرار وشهادة الشهود ثم رفع إليه ذلك وهو لا يذكره، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: لا يبغي له أن يجيزه. وكان ابن أبي ليلى يجيز ذلك. وبه تأخذ^(٢). قال أبو حنيفة رحمه الله: إن كان يذكره ولم يشهده عند

والحديث أخرجه الأئمة البخاري وغيره. وقد ذكر قبل ذلك.

(١) وفي المبسوط ج ٩ ص ١٧٨: وإن سرق الحربي المستأنس في دار الإسلام لم يقطع وهو صامس إلا على قول أبي يوسف وابن أبي ليلى فيهما بقولان يقطع ولا ضمان عليه، وقد بينا نظيره في كتاب الحدود. وقال في الحدود ص ٥٥ منه: وإذا زنى الحربي بالمسلمة أو الذمية فعليها الحد ولا حد عليه في قول أبي حنيفة، وقال محمد: لا حد على واحد منهما، وهو قول أبي يوسف الأول ثم رجع وقال: يحدان جميعاً، أما المستأنس فعند أبي حنيفة ومحمد لا تقام عليه الحدود التي هي لله تعالى حالصاً كحد الرنا والسرقة وقطع الطريق، وفي قول أبي يوسف الآخر والشامي فقام الحد عليه كما يقام على الذمي لأنه ما دام في دارنا فهو ملتزم أحكامنا فيما يرجع إلى المعاملات كالذمي. إلى أن قال: وحيثما في ذلك قوله تعالى: ﴿أَتَغْفُ مَأْمَتَهُ﴾ فينبليح المستأنس مأمة واجب هذا النص حقاً لله تعالى، وفي إقامة الحد عليه تفويت ذلك، ولا يجوز استيفاء حقوق الله تعالى على وجه يكون فيه تفويت ما هو حق الله. والمعنى أن المستأنس ما التزم شيئاً من حقوق الله تعالى وإنما دخل تاجرًا ليعاملنا ثم يرجع إلى داره، ألا ترى أنه لا يصح من الرجوع إلى دار الحرب؟ ولو كان ملتزمًا شيئاً من حقوق الله تعالى يصح من ذلك كالذمي، وهذا لأن معه من أ يعود حرباً للمسلمين بعد ما حصل في أيديهم حق الله تعالى إلخ، وزيادة التفصيل في المبسوط.

(٢) وهو قول محمد أيضاً. وفي المبسوط ج ١٦ ص ٩٢: وإذا وجد القاضي في ديوانه صحيفة فيها شهادة شهود لا يحفظ أنهم شهدوا عنده بذلك، فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله أن يتعكر في ذلك حتى يتذكر، وليس له أن يقضي بذلك إن لم يتذكر. وعند أبي يوسف ومحمد إذا وجد ذلك في قمترة تحت خاضه فعليه أن يقضي به وإن لم يتذكر. وهذا سيما نوع رخصة، فالقاضي لكثرة اشتغاله يعجز أن يحفظ كل حادثة، ولهذا يكتب، وإنما يحصل المقصود بالكتاب إذا حار له أن يعتمد على الكتاب عند النسيان فإن الأدعي ليس في وسعه التحرز عن السبب. إلى أن قال: ومذهب أبي حنيفة هو العزيمة، فالمقصود من الكتاب أن يتذكر إذا نظر فيه لأن الكتاب لقلب

أجازه. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: لا يجيزه حتى يشته عدله، وإن ذكره.
قال: وإذا جاء رجل بكتاب قاض إلى قاض والقاضي لا يعرف كتابه ولا حاتم، فإن
أبا حنيفة عليه السلام كان يقول: لا ينبغي للقاضي الذي أتاه الكتاب أن يقبله حتى يشهد شاهد
عدل على خاتم القاضي وعلى ما في الكتاب كله إذا قرئ عليه، عرف القاضي الكتاب
والخاتم أو لم يعرفه، ولا يقبله إلا بشاهدين على ما وصفت، لأنه حق، وهو مثل شهادة
على شهادة. وقال: لا يقبل الكتاب حتى يشهد الشهود أنه قرأه عليهم وأعطاه نسخة معهم
يحضرونها هذا القاضي مع كتاب القاضي. وبه نأخذ. ثم رجع أبو يوسف ^(١). وكان ابن أبي
ليلى يقول: إذا شهدوا على خاتم القاضي قبل ذلك منهم. وبه نأخذ ^(٢).
قال: وإذا قال الخصم للقاضي: لا أقر ولا أنكر، فإن أبا حنيفة عليه السلام كان يقول: لا
أجيزه على ذلك ولكنه يدعو المدعي بشهوده. قال: وكان ابن أبي ليلى لا يدعه حتى يقر أو
ينكر. وكان أبو يوسف إذا سكت يقول له: احلف مراراً، فإن لم يحلف قضى عليه ^(٣).

كالمرأة للعين، وإنما تعتبر المرأة ليحصل الإدراك بالعين، فإذا لم يحصل كان وجوده كعدمه،
فكذلك الكتاب للتذكر بالقلب عند البطر فيه، فإذا لم يتذكر كان وجوده كعدمه، وهذا لأن
الكتاب قد يروى ويتعل به والخط يشبه الخط، والخاتم يشبه الخاتم، وليس للقاضي أن يقضي إلا
بعلم، وبوجود الكتاب لا يستميد العلم مع احتمال التزوير والافتعال فيه.
(١) قلت: وقول محمد في المسألة مثل قول الإمام، صرحه في الهداية. قال السرحسي في المبسوط ح
١٦ ص ٩٥: فإذا أتى القاضي كتاب قاض سأل الذي جاء به السيرة على أنه كتابه وحاتم، لأنه
غاب عن القاضي علمه فلا يثبت إلا بشهادة شاهدين ثم يقرأه عليهم ويشهدون على ما فيه.
فمن أصل أبي حنيفة رحمه الله أن علم الشهود بما في الكتاب شرط لحواز القضاء بذلك، وهو
قول أبي يوسف الأول ثم رجع فقال: إذا شهدوا أنه خاتم وكتابه قبله وإن لم يعرف ما فيه، وهو
قول ابن أبي ليلى رحمه الله، لأن كتاب القاضي إلى القاضي قد يستعمل على شيء لا يعصهما أن
يقف عليه غيرهما. ولهذا يختم الكتاب. ومعنى الاحتياط يحصل إذا شهدوا أنه كتابه وحاتم،
ولكننا نقول: ما هو المقصود لا بد من أن يكون معلوماً للشاهد، والمقصود ما في الكتاب لا عين
الكتاب والختم، وكتب الخصومات لا يستعمل على شيء سوى الخصومة للتيسير يطلب كتاباً آخر
على حدة، فاما ما يعث على يد الخصم لا يشتمل إلا على ذكر الخصومة ولفظ الشهادة.
(٢) قلت: وهذا قول أبي يوسف الآخر.

(٣) وفي المبسوط قال أبو يوسف ومحمد: يستحقه على حق المدعي ويجيزه أنه يلزمه القضاء. إن لم
يحلف، فإن لم يحلف قضى عليه بالنكول، وإن حلف دعا المدعي بشهوده، فمما يجعلان
سكوته أيضاً بمنزلة إنكاره، إلا أن على قولهما إذا طلب المدعي بين المدعي عليه استخلفه
القاضي. قال: وقال ابن أبي ليلى: لا أدعه حتى يقر أو يكر، لأن الخواب مستحق عليه، فإذا
امتنع من إيفاء ما هو مستحق عليه مع قدرته على ذلك أجبره القاضي على إيفائه بالحبس. ثم

قال: وإذا أنكر الخصم الدعوى ثم جاء بشهادة الشهود على المخرج منه، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: أقبل ذلك منه، وهذا نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: لا أقبل منه بعد الإنكار محرراً^(١). وتفسير ذلك أن الرجل يدعي قبل الرجل الدين فيقول: ما له فني شيء، فيقيم الطالب البيعة على ماله وقيم الآخر البيعة أنه قد أوفاه إياه. قال أبو حنيفة: المطلوب صادق بما قال: ليس قبلي شيء، وليس قوله هذا يا كذاب لشهوده على الرأفة. قال: وإذا ادعى رجل قبل رجل دعوى، فقال: عندي المخرج، فإن أبا حنيفة يترى كان يقول: ليس هذا عندي بإقرار إما يقول: عندي البراءة، وقد تكون عده البراءة من الحق ومن الساطل. وهذا نأخذ.

وكان ابن أبي ليلى يقول: هذا إقرار فإن جاء بمخرج وإلا ألزمه الدعوى^(٢) وأبو حنيفة يقول: إن لم يأت بالمخرج لم تلزمه الدعوى إلا بينة.

شرط قبول البينة إنكار المدعي عليه فلا بد أن يجبره القاضي حتى يجب بالإقرار فيتوصل به المدعي إلى حقه، أو بالإنكار يتمكّن من إثبات حقه بالبينة. ولكنا نقول: الإنكار حق المكسر، لأنه يدفع به المدعي عن نفسه ويثبت به حق نفسه فلا يجوز أن يجبر على الإتيان به، ثم السكوت قائم مقام الإنكار، لأن المكسر مانع والسكوت كذلك، والإنكار مضارعة بالقول وفي السكوت مضارعة بالفعل وهو الامتناع عن التسليم ومن الجواب بعد ما طوّل به فيكون ذلك قائماً مقام إنكاره، ويتمكّن المدعي من إثبات حقه بالبينة عند ذلك.

(١) قال في المبسوط: وابن أبي ليلى يقول: هو مناقض في دعواه الإبقاء بعد إنكاره أصل المال خصوصاً إذا قال: ما كان له عليّ شيء قط، وقول البينة ينتهي على دعوى صحيحة، ومع التناقض لا تصح الدعوى، ألا ترى أنه لو قال: ما كان له عليّ شيء قط ولا أعرفه لم نقل منه البينة على الإبقاء بعد ذلك لهذا المعنى؟ ولكننا نقول: دعواه الإبقاء بعد جحود أصل المال دعوى صحيحة إما باعتبار أنه لا شيء عليه في الحال أو أنه لم يكن عليه شيء قط لكنه ادعى مرة هذه الدعوى الباطلة واستوفي المال بها، فإذا كانت الدعوى صحيحة بهذا الطريق من التوثيق كان متمكناً من إثباتها بالبينة، ثم التامت بالبينة كالثابت بإقرار الخصم، بخلاف ما إذا قال: ما كان له شيء قط ولا أعرفه، لأن مع ذلك الريادة في الإنكار متعذر التوفيق بين كلاميه من الوجه الذي قلنا.

(٢) وفي المبسوط: لأن المخرج منها إنما يتحقق بعد الدخول فيها فكان هذا وقوله: أوفيتها إياه أو أبرأتني منها سواء، وذلك إقرار بأصل المال، ولكننا نقول: هو ادعى المخرج من دعواه لا من امتن فلا يكون ذلك إقراراً بالمال صريحاً ولا دالة. وهكذا نقول في الإبراء، فإنه لو قال: أبرأتني من هذه الدعوى لا يكون ذلك إقراراً بالمال، ثم المخرج من الدعوى ببيان وجه الفساد فيه، ووجه الفساد غير متعين، قد يكون ذلك ببيان أنه ما كان واجباً قط، وقد يكون ذلك ببيان أنسقط بعد الوجوب، ومع الاحتمال لا يجب المال.

اختلاف أبي حذيفة وابن أبي ليلى

قال: وإذا أقر الرجل عند القاضي بشيء فلم يقض به القاضي عليه ولم يشته في ديوانه ثم خاصمه إليه فيه بعد ذلك، فإن أبا حذيفة رحمته الله قال: إذا ذكر القاضي ذلك أمضاه عليه. وهذا يأخذ ^(١). وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول: لا يمضي ذلك عليه وإن كان ذاكرًا له حتى يشته في ديوانه ^(٢).

باب الفرية

قال أبو يوسف: وإذا قال رجل لرجل من العرب: يا نطلي أو لست من بني فلان لقبيلة، فإن أبا حذيفة رحمته الله كان يقول: لا حد عليه في ذلك وإنما قوله هذا مثل قوله يا كوفي يا بصري يا شامي ^(٣). حدثنا أبو يوسف عمن حدثه عن عطاء بن أبي رباح عن ابن عباس رضي الله عنهما بذلك ^(٤) وأما قوله: لست من بني فلان، فهو صادق ليس هو من ولد فلان لصلبه وإنما هو من ولد الولدان، القذف ههنا إنما وقع على أهل الشرك الذين كانوا في الجاهلية ^(٥). وهذا يأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: فيهما جميعًا الحد.

قال: وإذا قال الرجل لرجل: لست ابن فلان ^(٦) وأمه أمة أو نصرانية وأبوه مسلم،

(١) قلت: هو قول الكل - أفاده السرخسي بقوله: عندنا.

(٢) وفي المبسوط: والقياس ما قلنا، لأن القاضي حين سمع إقراره بذلك كان القاضي يذكر ذلك، والمقصود من الإثبات في ديوانه أن يتذكر ذلك بالنظر فيه عند الحاجة فإذا كان ذاكرًا فما هو المقصود حاصل. ولكن استحسنت ابن أبي ليلى رحمه الله وقال القاضي لكثرة اشتغاله ربما يشته عليه ذلك، ولهذا يشته في ديوانه ليرجع إليه فينبغي له الشهود، فإذا لم يشته في ديوانه لو قضى به كان قضاء مع تمكن الشبهة وربما ينسب به إلى الميل، فعليه أن يحتاط في ذلك ولا يقضي بمجرد كونه ذاكرًا حتى يشته في ديوانه.

(٣) ولا حد عليه عند الإمام، لأنه لا يراد بهذا اللفظ القذف، ألا ترى أن الرجل يقول للآخر: أنت رستاقى أو خراساني أو كوفي ولا يريد بشيء من ذلك القذف؟ ومدعينا مروى عن ابن عباس أنه سئل عن رجل قال لرجل من قريش يا بطني فقال: لا حد عليه - كما في المبسوط ج ٩ ص ١٢٣.

(٤) لم أفق على محرجه، تتبعت الكتب الموجودة عندي فلم أجده فيه.

(٥) وفي المبسوط ج ٩ ص ١٢٣: وإن قال لرجل: لست من بني فلان لقبيلته لا يحد، لأنه صادق، فإن بني فلان حقيقة أولاده لصلبه وهو ليس منهم ولأنه لو كان هذا قذفًا فإسما يكون قذفًا لامرأة من تنسب إليه القبيلة وهي كانت كامرة غير محصنة، وهو طير ما لو قال له: حدثك ران أو جدتك زانية فإنه لا يكون قذفًا بهذا، لأن في أجداده وجدته من هو كامر، فإذا لم يعين مسلمًا لا يكون قاذفًا محصنًا، بخلاف ما لو قال: أنت ابن الزانية لأنه بهذا اللفظ قاذف لأمه الأدنى وهي كانت محصنة فعليه الحد.

(٦) في المبسوط: لست من بني فلان.

بأن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: لا حد على القاذف إنما وقع القذف ههنا على الأم ولا حد على قاذفها، وبه تأخذ ^(١). وكان ابن أبي ليلى يقول في ذلك: عليه الحد.

قال: وإذا قذف رجل رجلاً فقال: يا ابن الزنايين وقد مات الأبوان، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: إنما عليه حد واحد لأنها كلمة واحدة. وهذا تأخذ ^(٢)، إن مرق القول أو جمعه فهو سواء وعليه حد واحد. وكان ابن أبي ليلى يقول: عليه حدان ويضربه الحدين في مقام واحد وقد فعل ذلك في المسجد ^(٣) وإذا قال الرجل للرجل: يا ابن الزنايين أو قالت المرأة للرجل: يا ابن الرائيين والأبوان حيان، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: إذا كانا حيي

(١) وفي المبسوط: وهذا بناء على الأصل الذي بيانه في كتاب الحدود أن قوله: لست من بني فلان يكون قذفاً لأمة عبداً، فإذا كانت أمة أو نصرانية فهي غير محصنة وقذف غير المحصنة لا يوجب الحد. وعند ابن أبي ليلى هذا قذف في نفسه، لأنه يلحقه العار بكونه ولد الزنا كما يلحقه العار بسبته إلى الزنا فكما أنه لو سبه إلى الزنا يكون قاذفاً له فكذلك إذا نفيه من أبيه يكون قاذفاً له وهو محصن في نفسه فعلى قاذفه الحد، لأنه قذف أمة بهذا فإن الولد من الزنا لا يكون ثابت النسب من أبيه، فأما الوطء إذا لم يكن زناً يكون مثلاً للنسب، فنعرفنا أن هذا اللفظ قذف أمة فإذا كانت حرة مسلمة فعليه الحد. وفي القياس لا حد عليه، لأنه لا يجوز أن لا يكون ثابت السب من أبيه من غير أن تكون الأم زانية بأن كانت موطوءة بشبهة ولدت في عدة الوطء، ولكننا تركنا هذا القياس لحديث ابن مسعود رضي الله عنه حيث قال: «لا حد إلا في قذف محصنة أو عمة رجل عن أبيه» ولأنها إذا وطئت بالشبهة فولدها يكون ثابت النسب من إنسان وإنما لا يكون الولد ثابت النسب من الأب إذا كانت هي زانية، فنعرفنا أنه هذا اللفظ قاذف أمة.

(٢) قلت: وهو قول محمد أيضاً أفاده السرخسي بقوله: عبداً. قال السرخسي لأن المذهب في حد القذف عندنا حق الله تعالى فعند الاجتماع يتدخل والمقصود يحصل بإقامة حد واحد، وهو معنى الزجر للقاذف ودفع العار عن المقذوف. وعند ابن أبي ليلى يضرب حدين لأن عبده المذهب في حد القذف حق العبد.

(٣) قال السرخسي: وهذه هي المسألة التي قال أبو حنيفة رحمه الله فيها: إن الفاضي آحطاً منها في سبع مواضع، فإن معتوه كانت بالكوفة آذاها رجل فقالت له: يا ابن الرائيين، فأتى بها إلى ابن أبي ليلى فاعترفت فأقام عليها حدين، فذكر ذلك لأبي حنيفة فقال: آحطاً في سبع مواضع. ثم فسّر ذلك فقال: بى الحكم على إقرار المعتوه وإقرارها هدر. وأمرها الحد والمعتوه ليست من أهل العقوبة، وأقام عليها حدين ومن قذف جماعة لا يقام عليه إلا حد واحد، وأقام حدين معاً ومن اجتمع عليه حدان لا يوالي بينهما ولكن يضرب أحدهما ثم يترك حتى يبرأ ثم يقام الآخر، وأقام الحد في المسجد وليس للإمام أن يقيم الحد في المسجد، وصرها قائمة وإنما تصر بشرة قاعدة، وصرها لا بهصورة وليها وإنما يقام الحد على المرأة بهصورة وليها حتى إذا اكتشف شيء من بدنها في اضطرابها ستر الولي ذلك عليها. فانتشر بالكوفة أن الفاضي آحطاً في مسألة واحدة في سبعة مواضع.

اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى

بالكوفة لم يكن على قاذفهما الحد إلا أن يأتيا يطلبان ذلك ^(١) ولا يضرب الرجل حدين في مقام واحد وإن وجبا عليه جميعاً، وبه تأخذ ^(٢).

قال: ولا يكون في هذا أيذاً إلا حد واحد. وكان ابن أبي ليلى بصرهما جميعاً حدين في مقام واحد ويضرب المرأة قائمة ويضربهما حدين في كلمة واحدة ويقسم الحدود في المسجد ^(٣) أظن أبا حنيفة رحمه الله قال: لا ولا يكون على من قذف بكلمة أو كلمتين أو جصاعة أو فرادى إلا حد واحد، فإن أخذ بعضهم فحد له كان لجميع ما قذف، بلغنا عن رسول الله ﷺ ^(٤) وبه تأخذ. وقال: لا تقام الحدود في المساجد.

(١) وفي المسوط ج ٩ ص ١١٣: وإن كان القذف حياً غائياً ليس لأحد من هؤلاء أن يأخذ بحده عبداً. وقال ابن أبي ليلى: العائب كالمتعبد لأن خصومته تتعد لفيته كما هو متعذر بعد موته، ولكنا نقول: يتوب أو يبعث وكيلاً ليحاصم والخصومة باعتبار تناول العرض أصل فما لم يقع اليأس عنه لا يعتبر بالخصومة باعتبار الشين، وفي الميت الخصومة باعتبار تناول العرض ما يوس عنه فيقام الحد بخصومة يلحقه الشين، بخلاف العائب، فإن مات هذا العائب قبل أن يرجع لم يأخذ وليه أيضاً عبداً، قلت: وعلل هذه المسألة فقال: وعندما المعلن حق الله تعالى فلا يورث عملاً بقوله ﷺ «لا يحري الإرث فيما هو من حق الله تعالى» ولأن الإرث خلافه الواوثة المورثة بعد موته في حقه، والله تعالى بتعالى عن ذلك إلخ. والتفصيل فيه فليراجعه من طلب التفصيل.

(٢) وفي المسوط ج ٩ ص ١٠١: وكلما أقام عليه حداً حبسه حتى يبرأ ثم أقام الآخر، لأنه إن وإلى إقامة هذه الحدود ربما يؤدي إلى الإتلاف. وقد يبا أنه مأمور بإقامة الحد على وجه يكون زاحراً لا متلماً، ولكنه يجبس لأنه لو خلى سبيله ربما يهرب فلا يتمكن من إقامة الحد عليه ويصير مصيباً للحد، والإمام سبى عن تصحيح الحد بعد طهوره عبده، وإن كان محصاً اقتضى منه في العين وضربه حد القذف لما فيهما من حق العباد ثم رجمه، لأن حد السرقة والشرب محض حق الله، ومتى اجتمعت الحدود لحق الله وفيها نفس قتل وترك ما سوى ذلك، هكذا نقل عن ابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهم. والمعنى فيه أن في الحدود الواحدة لله تعالى المقصود هو الرحر وأتم ما يكون من الرجر باستيلاء النفس والاستيلاء بما دونه اشتغال بما لا يفيد، فلهذا رجمه ودرأ عنه ما سوى ذلك إلا أنه يضمنه السرقة لأن الضمان قد وجب عليه بالأخذ وإنما يسقط لضرورة استيفاء القطع حقاً لله ولم يوجد ذلك، فلهذا يضمنه السرقة ويأمر بإيقانها من تركه.

(٣) وفي المسوط ج ٩ ص ١٠١: ولا يقام حد في المسجد ولا قود ولا تعزير لما فيه وهم تلويث المسجد، ولأن الجلود قد يرفع صوته وقد نبى رسول الله ﷺ عن رفع الصوت في المسجد بقوله: «جسوا مساجدكم صياكنم ومجانينكم وربع أصواتكم» ولكن القاضي يحرر من المسجد إذا أراد إقامة الحد بين يديه كما فعله رسول الله ﷺ في حديث الغامدية، أو يبعث أميناً ليقام بحضرته كما فعله رسول الله ﷺ في ماعز رضي الله عنه. قلت: روى السهقي في سسه عن حكيم بن حرام قال، «سبى رسول الله ﷺ أن يستفاد في المساجد وأن يشد فيها الأشعار أو تقام فيها الحدود» ج ٨ ص ٣٢٨.

(٤) كذا في الأصل ولعل بعض الكلمات سقطت ههنا من الأصل نحو: ذلك أو نحوه أو نحو من ذلك: أو بلغنا ذلك عن رسول الله ﷺ، والله أعلم ولم نعهده. وروي ذلك عن إبراهيم المحمي، روى الإمام محمد في كتاب الآثار، عن الإمام عن حماد عنه.

قال: ومن قذف أباً ورحل وأبوه حي لم يحد له حتى يكون الأب الذي يطلب. وإذا مات كان ثلاثين أن يقوم بالحد^(١). وإن كان له عدة بين مائهم قام به حد له. وقال أبو حنيفة رحمهم الله: لا يصرب الرجل حدين في مقام واحد وإن وحسا عليه جميعاً ولكنه يقيم عليه أحدهما ثم يحبس حتى يخف الضرب ثم يضرب الحد الآخر، وإنما الحدان في شرب وقذف أو زنا وقذف، أو زنا وشرب، فأما قذف كله وشرب كله مراراً^(٢) أو زنا مراراً فإنما عليه حد واحد^(٣).

قال: ولو كان الأبوان المقدوفان حين كانا بمنزلة الميتين في قول ابن أبي ليلى. وأما في قول أبي حنيفة فلا حق للولد حتى يحيى الوالدان أو أحدهما يطلب قذوه وإنما عليه حد واحد في ذلك كله^(٤).

قال: وإذا قذف الرجل رجلاً ميتاً، فإن أباً حنيفة رحمهم الله كان يقول: لا يأخذ بحد الميت إلا الولد أو الوالد. بهذا نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: يأخذ أيضاً الأخ والأخت. وأما غير هؤلاء فلا^(٥).

قال: وإذا قذف الرجل امرأته وشهد عليه الشهود بذلك وهو يجحد فإن أباً حنيفة رحمهم الله كان يقول: إذا رفع إلى الإمام خبره حبس حتى يلاعس. وهذا نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: إذا جحد ضربته الحد ولا أجبره على اللعان منها إذا جحد^(٦).

(١) قلت: وهذه المسألة مكررة في الحقيقة، وليس بينها وبين التي قبلها كبير فرق إلا أن هناك فرضها في الأبوين وهما فرضت في أب.

(٢) كذا في الأصل ولعل بعض الكلمات سقطت من الأصل أي فعل ذلك مراراً، والله أعلم.

(٣) قلت: أخرج أبو يوسف في خراجة عن الإمام عن حماد عن إبراهيم قال: إذا سرق مراراً فإنما يده واحدة، وإذا شرب الخمر مراراً وقذف مراراً فإنما عليه حد واحد.

(٤) قلت: هذه المسألة مكررة في الحقيقة. قال في المبسوط ج ٩ ص ١٢٥: رجل قال لرجل: يا ابن الزائين فعلية حد واحد، لأنه قذف أباه وأمه ولو كانا حين فخاصماه لم يكن عليه إلا حد واحد وكذلك إذا كانا ميتين فخاصمه الابن.

(٥) وفي المبسوط ج ٩ ص ١١٢: ثم الخصومة في هذا القذف إلى من ينسب إلى الميت بالولد أو ينسب إليه الميت بالولد، ولأنه يلحقهم النسيب بذلك وحق الخصومة لدفع العار فمن يلحقه النسيب به كان له أن يخاصم بإقامة الحد عليه وليس لأخيه أن يخاصم في ذلك عدماً، وعبد ابن أبي ليلى أنه ذلك لأجل للأح علة في حقوقه بعد موته كالولد، ألا ترى أنه في القصص يلحقه؟ فكنا في حد القذف. وبك نقول: الخصومة هنا ليست بطريق الخلافة، فإن حد القذف لا يورث ليخلع أنوارت فمورث فيه. وإنما الخصومة لدفع الشين عن نفسه والأخ لا يلحقه الشين برأ أخيه، لأنه لا يسب أحد الأخوين إلى صاحبه وإنما نسيب زنا الغير باعتبار نسبه إليه، بخلاف الآباء والأولاد.

(٦) وفي المبسوط ج ٧ ص ٤٤: وإذا أنكر الروح القذف فأقامت المرأة به البينة عليه وجب أشهاد بينهما وعلى قول ابن أبي ليلى يلاعس ويحد، أما اللعان فلا أن التاب بالبينة كالتأنيث بسفراف

باب النكاح

قال أبو يوسف رحمه الله: وإذا تزوج المرأة بغير مهر مسمى فدخل بها، فإن لها مهر مثلها من نساؤها، لا وكس ولا شطط. وقال أبو حنيفة رحمه الله: نساؤها أخواتها وبنات عمها. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: نساؤها أمها وخالاتها ^(١).
قال: وإذا زوج الرجل ابنته وهي صغيرة ابن أخيه وهو صغير يتيم في حجره، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: النكاح جائز ^(٢) وله الخيار إذا أدرك. وبه نأخذ ^(٣). وكان ابن

الحصم، ثم قال ابن أبي ليلى: إنكاره بمسألة إكذابه نفسه فيقام عليه الحد. ولكننا نقول: إنكاره نفي القذف وإكذابه نفسه تقرير القذف وكيف يستقيم إقامة إنكاره مقام إكذابه نفسه فلهذا لا يحد. ^(١) وفي المسوط ج ٥ ص ٦٤: نساؤها الثلاثي يعتبر مهورها بمهورهن عشيرتها من قتل أبيها كأخواتها وعماتها وبنات أعمامها عندنا. وقال ابن أبي ليلى رحمه الله تعالى: أمها وقوم أمها كالأخالات وبحو ذلك، لأن المهر قيمة بصع الساء فيحتر فيه قرابتها من الساء. ولكننا نقول: قيمة الشيء إنما تعرف بالرجوع إلى قيمة جنسه والإنسان من جنس قوم أبيه، لا من جنس قوم أمه. ألا ترى أن الأم قد تكون أمة وأبنت تكون قرشية تبعاً لأبيها؟ فلهذا اعتبرت عشيرتها من قتل أبيها ولا يعتبر مهورها بغير أمها إلا أن تكون أمها من قوم أبيها فإن كانت بنت عمه فحبيل يعتبر مهورها، لا لأنها أمها بل لأنها بنت عم أبيها، وإنما يعتبر من عشيرتها امرأة هي مثلها في الحسن والحمال والسن والمال والبيكار، لأن المهور تختلف باختلاف هذه الأوصاف، قال رحمه الله: «تنكح المرأة لما لها وجماعها» الحديث إلخ.

^(٢) في المسوط ج ٤ ص ٢١٥: وحدثنا قوله تعالى: ﴿وَإِنْ حِفْظٌ إِلَّا تُقْسَطُوا فِي الْيَتَامَى...﴾ الآية معناه في نكاح اليتامي، وإنما يتحقق هذا الكلام إذا كان يجوز نكاح اليتيمة، وقد نقل عن عائشة رضي الله عنها في تأويل الآية أنها نزلت في يتيمة تكون في حجر وليها يرغب في مالها وجماعها ولا يقسط في صداقها فنهوا عن نكاحهن حتى يبلغواهن أعلى سنهن في الصداق. وقالت في تأويل قوله تعالى: ﴿يَتَنَمَّى الْنِّسَاءُ﴾ أَلَّتِي لَا تُؤْتُونَهُنَّ مَا كُتِبَ لَهُنَّ ۖ إِنَّمَا نَزَلَتْ في يتيمة تكون في حجر وليها ولا يرغب في نكاحها لدعائمتها ولا يزوجها من غيره كي لا يشاركه في مالها فأمر الله تعالى هذه الآية، فأمر الأولياء بزواج اليتامي أو تزويجهن من غيرهم، فذلك دليل على جواز تزويج اليتيمة. وروح رسول الله ﷺ بنت حزة رضي الله عنها من عمر بن أبي سلمة رضي الله عنهما وهي صغيرة. والآثار في جواز ذلك مشهورة عن عمر وعلي وعبد الله بن مسعود وابن عمر وأبي هريرة رضي الله عنهم إلخ. وانفصل في من شاء زيادة على هذا فليرجع إليه *.

^(٣) وفي المسوط ج ٤ ص ٢١٥: فإذا ثبت جواز تسريع الأولياء الصغير والصغيرة فلهما الخيار إذا أدركا في قول أبي حنيفة وعمر. وهو قول ابن عمر وأبي هريرة رضي الله عنهم، وبه كان يقول أبو يوسف ثم رجع وقال: لا خيار لهما، وهو قول عمرو بن الحارث =

اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى ٥٠١

أبي ليلى يقول: لا يحوز ذلك عليه حتى يدرك. ثم رجع أبو يوسف وقال: إذا روج الولي فلا خيار وهو مثل الأب.

قال: وإذا تزوج الرجل المرأة وامرأة أبيها، فإن أبا حنيفة عليه السلام كان يقول: هو حائر. بلغنا ذلك عن عبد الله بن جعفر رضي الله عنهما أنه فعل ذلك، وبه تأخذ. تزوج عبد الله بن جعفر امرأة علي رضي الله عنهما وابنته جميعاً^(١). وكان ابن أبي ليلى يقول: لا يجوز السكاح. وقال: كل امرأتين لو كانت إحداهما رجلاً لم يحل لها سكاح صاحبها فلا ينبغي للرجل أن يجمع بينهما^(٢).

رضي الله عنهما. قال: لأن هذا عقد عقدًا بولاية مستحقة بالقرابة فلا يشك فيه خيار البلوغ كعقد الأب والجد إلخ، وجه قولهما أنه زوجها من هو قاصر الشفقة عليها فإذا ملكت أمر نفسها كان لها الخيار كالأمه إذا زوجها مولاهما ثم اعتقها. وهذا لأن أصل الشفقة موجود للولي وللمكة ناقص. يظهر ذلك عند المقابلة بشفقة الآباء، وقد ظهر تأثير هذا القصد حكمًا حين امتنع ثبوت الولاية في المال للأولياء، فلا اعتبار وجود أصل الشفقة فعند العقد، ولا اعتبار بقصد الشفقة أثبتا الخيار لأن ثبوت الولاية لكيلا يفوت الكفء الذي حظها فيكون بمعنى النظر لها، وإنما يتم النظر بإثبات الخيار حتى ينظر لنفسه بعد البلوغ بخلاف الأب فإنه وافق الشفقة تام الولاية فلا حاجة إلى إثبات الخيار في عقده وكذلك في عقد الجد لأنه بمنزلة الأب تثبت ولايته في المال والنفس.

(١) رواه البيهقي [١٦٧/٧] من طريق عثمان بن عمر عن يونس عن الرهري قال: أخبرني غير واحد أن عبد الله بن جعفر جمع بين بنت علي وامرأة علي ثم ماتت بنت علي فزوج عليها بنتاً لعلي أخرى. قال: وقد رواه ابن أبي ذئب عن عبد الرحمن بن مهران عن عبد الله بن جعفر نحوه، ورواه من طريق جرير بن عبد الحميد عن مغيرة عن قثم مولى آل العباس قال: جمع عبد الله بن جعفر بين ليلى بنت مسعود البهشلية وكانت امرأة علي عليه السلام وبين أم كلثوم بنت علي لفاطمة رضي الله عنها فكانتا امرأتين وأخرجته ابن سعد من طريق علي بن علي بن السائب أن عبد الله بن جعفر تزوج ليلى امرأة علي وزينب بنت علي من غيرها. وأخرجته ابن أبي شيبة من وجه آخر، وعلقه البخاري وأخرجته الدارقطني: ولابن أبي شيبة أيضاً من طريق عكرمة بن حاتم أن عبد الله بن صفوان تزوج امرأة رجل من ثقيف وابنته. وله عن ابن علية عن أيوب بن سئد ابن مبريد عن ذلك فقال: لا بأس به، نثبت أن حلة كان بمصر فعلمه. زاد الدارقطني له صحة. وقال البيهقي: وعن أيوب أنه قال: ثبت أن سعد بن قرقحاً رجل من أصحاب رسول الله ﷺ جمع بين امرأة رجل وابنته من غيرها *.

(٢) وفي المسوط ج ٤ ص ٢١١، ولا بأس بأن يزوج الرجل المرأة وبنت روح قد كانت لها من قبل ذلك، يجمع بينهما، لأنه لا قرابة بينهما.

* انظر: الدراية (٥٧/٢)، ونصبه الراية (١٧٦/٣).

اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى

قال: وإذا نظر الرجل إلى فرج المرأة من شهوة، فإن أبا حنيفة يجهده كال بقول: تحرم على ابنه وعلى أبيه، وتحرم عليه أمها وابنتها^(١).

وقال ابن أبي ليلى: لا يجوز ذلك، لأن بنت الزوج لو كان ذكرًا لم يكن له أن يتزوج الأخرى، لأنها مسكوة أبيه ولك امرأتين لو كانت إحداها ذكرًا لم تحز المساكحة بينهما فالجمع بينهما نكاحًا لا يجوز كالأختين، ولكنا نستدل بحديث عبدالله بن جعفر رضي الله عنهما بأنه جمع بين امرأة علي عليه السلام وابنته، ثم المانع من الجمع قرابة بين المرأتين أو ما أشبه القرابة في الحرمة كالرضاع، وذلك غير موجود هنا، وما قبله ابن أبي ليلى رحمه الله تعالى إما يعتبر إذا تصور من الجانبين كما في الأختين، وذلك لا يتصور هنا فإن امرأة الأب لو صورتها ذكرًا جاز له نكاح البنت، فعرفنا أنهما ليسا كالأختين، ولا بأس بأن يجمع بين امرأتين كانتا عند رجل واحد، لأنه لا قرابة بينهما، كما جاز للأول أن يجمع بينهما فكذلك الثاني، وكذلك لا بأس بأن يتزوج المرأة ويتزوج ابنه أمها أو ابنتها، فإن عمده من الحنفية تزوج امرأة وزوج ابنتها من ابنه، وهذا لأن بنكاح الأم تحرم الأم هي على ابنه فأما أمها أو ابنتها تحرم عليه لا على ابنه، فلهذا جاز لابنه أن يتزوج أمها أو ابنتها، والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب.

(١) وفي المبسوط ج ٤ ص ٢٠٨: ولو نظر إلى فرجها بشهوة تست به الحرمة عندنا استحسانًا، وفي القياس لا تثبت. وهو قول ابن أبي ليلى والشافعي لأن النظر كالنفكر إذ هو غير متصل بها، ألا ترى أنه لا يفسد به الصوم وإن اتصل به الإنزال؟ ولأن النظر لو كان موجبًا للحرمة لاستوى فيه النظر إلى الفرج وغيره كالمس عن شهوة، ولكنا تركنا القياس بحديث أم هانئ رضي الله عنها. قلت: قال الحصاص رواه جوير بن عبد الحميد عن الحجاج عن أبي هانئ .. وذكر البيهقي أيضًا أن النبي ﷺ قال: «من نظر إلى فرج امرأة بشهوة حرم عليه أمها وابنتها» وعن عمر رضي الله عنه أنه جرد جارية ثم نظر إليها ثم استوهبها منه بعض بيته فقال: أما إنها لا تحل لك. وفي الحديث: «معلن من نظر إلى فرج امرأة وابنتها» ثم النظر إلى الفرج بشهوة نوع استمتاع، لأن النظر إلى الخجل إما لحمال الخجل أو للاستمتاع وليس في ذلك الموضع جمال ليكون النظر لمعنى الجمال فعرها أنه نوع استمتاع كالمس، بخلاف النظر إلى سائر الأعضاء، ولأن النظر إلى الفرج لا يحل إلا في الملك، بمنزلة المس عن شهوة، بخلاف النظر إلى سائر الأعضاء. ثم معنى الشهوة المعتبرة في المس والنظر أن تنتشر به الآلة أو يزداد انتشارها. فأما مجرد الاشتهاء بالقلب غير معتر، ألا ترى أن هذا القدر يكون من الشيخ الكبير الذي لا شهوة له؟ والنظر إلى الفرج الذي يتعلق به الحرمة هو النظر إلى الفرج الداخل دون الخارج وإنما يكون ذلك إذا كانت متكئة أما إذا كانت قاعدة مستوية أو قائمة لا تثبت الحرمة بالنظر. ثم حرمة المصاهرة بهذه الأسباب تتعدى إلى أبنائه وإن علوا وأبنائه وإن سفلوا من قبل الرجال والنساء جميعًا وكذلك تتعدى إلى جدتها وإلى نواهلها، نعم يبا أن الأحداد والجدات بمنزلة الآباء والأمهات، والروافل بمنزلة الأولاد فيما تنسب عليه الحرمة. وذلك كله مروى عن إبراهيم النخعي رحمه الله تعالى. وعلى هذا إذا جامع الرجل أم امرأته حرم عليه امرأته، نقل ذلك عن أبي بن كعب رضي الله عنه. وكان السمي فيه أن الحرمة بسبب المصاهرة مثل الحرمة بالرضاع والنسب، وذلك كما يمنع ابتداء الكاح يسع بقاء الكاح فكذلك هذا يمنع بقاء الكاح كما يمنع ابتداءه.

اختلاف أبي حنيفة وأبي ليلي

بلغا ذلك عن إبراهيم^(١)، وبلغا عن عمر بن الخطاب^{رضي الله عنه} أنه دخل حادثة نه فجردها وأن أبا له استوهبها فقال له: إنها لا تحل لك^(٢)، وبلغا عن عمر بن الخطاب^{رضي الله عنه} أنه قال: «ملعون من نظر إلى فرج امرأة وأنها»^(٣)، وبه نأخذ، وكان ابن أبي ليلي يقول: لا يحرم من ذلك شيء ما لم يلمسه.

قال: وإذا نظر الرجل إلى فرج أمته من شهوة، فإن أبا حنيفة^{رضي الله عنه} كان يقول: لا تحل لأبيه ولا لابنه، ولا تحل له أمها ولا بنتها. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلي يقول: هي له حلال حتى يلمسها^(٤).

(١) لم أجد من وصله وروى محمد في آثاره وحججه عن أبي حنيفة عن حماد عن إبراهيم قال: إذا قل الرجل أم امرأته أو لمسها من شهوة حرمت عليه امرأته. قال: وبه نأخذ، وهو قول أبي حنيفة. وأخرج في الآثار عنه عن إبراهيم بن محمد بن المثنى عن أبيه عن مسروق قال: يعموا جاريتي هذه أما إنني لم أصب منها إلا ما يحرمها علي أبي من لمس أو نظر. قال حماد: وبه نأخذ، إلا أنا لا نرى البظر شيئا إلا أن يطر إلى الفرج بشهوة، فإن نظر إليه بشهوة حرمت على أبيه وابنه وحرمت عليه أمها وابنتها، وهو قول أبي حنيفة. وقال الإمام أبو بكر الحصاص في أحكام القرآن ج ٢ ص ١٢١: وروى حماد عن إبراهيم عن علقمة عن عبد الله قال: «لا ينظر الله إلى رجل نظر إلى فرج امرأة وابنتها» قلت: وأخرجه الدارقطني عن حفص بن غياث عن ليث عن حماد، وأخرجه ابن أبي شيبة أيضا بسنده إلى حماد الحديث، وأخرجه عبد الرزاق عن إبراهيم قوله.

(٢) قال الإمام الحصاص في أحكام القرآن [٣/ ٦٢]: وروى الأوراعي عن مكحول أن عمر جرد جارية له فسأله إياها بعض ولده فقال: إنها لا تحل لك. وروى حجاج عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده جرد جارية ثم سأله إياها بعض ولده فقال: إنها لا تحل لك، وروى المثنى عن عمرو بن شعيب عن ابن عمر أنه قال: أيما رجل جرد جارية له فنظر إليه منها، يريد ذلك الأمر، فإنها لا تحل لأبيه. قلت: وحديث عمر^{رضي الله عنه} أخرجه ابن أبي شيبة ومالك كما في كنز العمال.

(٣) لم أقف على محرجه. روى محمد في كتاب الحججة على أهل المدينة عن قيس ابن الربيع الأسدي عن أبي حصين عن خيثمة بن عبد الرحمن الجعفي قال: مكتوب في التوراة: «ملعون من نظر إلى فرج امرأة وابنتها» *

(٤) قلت: هذه المسألة والتي قبلها لا فرق بينهما بل هما متشابهتان من حيث الوطء. قال في السبوط ج ٤ ص ٢٠٧: كما ثبتت حرمة المصاهرة بالوطء تثبت بالمس والتقبيل عن شهوة عدنا سواء كان في الملك أو في غير الملك. إلى أن قال: ولكننا نستدل بآثار الصحابة رضي الله عنهم، فمن روي عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه قال: «إذا جامع الرجل المرأة أو قبلها بشهوة أو لمس بشهوة أو نظر إلى فرجها بشهوة حرمت على أبيه وابنه وحرمت عليه أمها وابنتها» وغير مسروق قال: «يعموا جاريتي هذه أما إنني لم أصب منها ما يحرمها علي ولدي من لمس وتقبيل» قلت: وقد مررت الرواية برواية الآثار وفيه «إلا ما يحرمها علي ولدي» فلعن (إلا) سقطها من الأصل، والله أعلم. قال: ولأن المس والتقبيل سبب يتوصل به إلى الوطء فإنه من دواعيه *

اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى

قال: وإذا تزوج الرجل المرأة بشاهدين من غير أن يزوجها ولي والزوج كفء لها، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: النكاح جائز ^(١) ألا ترى أنها لو رفعت أمرها إلى الحاكم وإلى وليها أن يزوجها كان للحاكم أن يزوجها ولا يسعه إلى ذلك ولا ينفي له غيره؟ وكيف يكون ذلك من الحاكم والولي جائرا ولا يجوز ذلك منها وهي قد وضعت نفسها في الكفاءة؟ بلغنا عن علي ابن أبي طالب رحمته الله أن امرأة زوجت ابنتها فجاء أولياؤها فحاصموا الزوج إلى علي رحمته الله فأجار علي النكاح ^(٢). وكان ابن أبي ليلى لا يجيز

ومقدماته فيقام مقامه في إثبات الحرمة كما أن النكاح الذي هو سب الوطاء شرعاً فيقام مقامه في إثبات الحرمة إلا فيما استثناه الشرع وهي الربية، وهذا لأن الحرمة تبني على الاحتياط فيقام السب الداعي إلى الوطاء فيه مقام الوطاء احتياطاً وإن لم يثبت به سائر الأحكام كما تقام شبهة البعضية بسب الرضا مقام حقيقة البعضية في إثبات الحرمة دون سائر الأحكام.

(١) وفي المسوط ج ٥ ص ١٠ بعد ما ذكر حديث علي رحمته الله الذي ذكره هنا: وفي هذا دليل على أن المرأة إذا زوجت نفسها أو أمرت غير الولي أن يزوجها فروجها حار النكاح في ظاهر الرواية سواء كان الزوج كفواً أو غير كفء، فالنكاح صحيح إلا أنه إذا لم يكن كفواً لها فلا أولياء حق الاعتراض. وفي رواية الحسن إن كان الزوج كفواً لها جاز النكاح وإن لم يكن كفواً لها لا يجوز. وكان أبو يوسف أولاً يقول: لا يجوز تزويجها من كفء أو غير كفء إذا كان لها ولي ثم رجع وقال: إن كان الزوج كفواً لها أو غير كفء لها، وذكر الطحاوي قول أبي يوسف أن الزوج إن كان كفواً أمر القاضي الولي بإحارة العقد فإن أحازه جاز، وإن أبي أن يجيزه لم يتفسخ، ولكن القاضي يحيره فيجوز، وعلى قول محمد يتوقف نكاحها على إجازة الولي سواء زوجت نفسها من كفء أو غير كفء فإن أحازه الولي جاز وإن أبطله بطل، إلا أنه إذا كان الزوج كفواً لها ينفي للقاضي أن يجدد العقد إذا أبي الولي أن يزوجها منه.

(٢) ذكره بلاغاً، وكذا ذكره محمد في كتاب النكاح، ووصله في كتاب الحجعة على أهل المدينة، فرواه عن أبي يوسف عن سليمان بن أبي سليمان يعني أبا إسحاق الشيباني عن أمه عن بحرية أمة هاشم أنها أنكحت نفسها القعقاع بن المسور فحاصمه أبوها إلى علي بن أبي طالب رحمته الله فأجار النكاح وقد دخل بها، وروي عن أبي يوسف عن أبي إسحاق الشيباني عن أبي قيس الأودي أن امرأة معه في الدار زوجت ابنتها فجاء أولياؤها فحاصموا زوجها إلى علي بن أبي طالب رحمته الله فأجار النكاح. ورواه البيهقي من طريق أبي معاوية عن أبي إسحاق عن أبي قيس، وفي رواية ساهما سلسلة من عائدة الله روحتها أمها. وروى الأول من طريق هشيم وأبي عوانة واس إدريس عن الشيباني عن بحرية بنت هاشم بن قبيصة أنها زوجت نفسها من القعقاع بن شور وسانت عندها وجاء أبوها فاستعدى عليها فقال أدخلت بها؟ قال: نعم، فأجاز النكاح، فقال ابن شور وقال: بحرية محبوبة، وفي الجوهر النقي: وقد جاء من رجه آخر قال إن أبي شبه حدثنا ابن فضيل عن أبيه عن الحكم قيسال: كان علي إذا رفع إليه رجل تزوج امرأة بغير ولي فدخل بها أمضاه. فقد روي من وجوه يشد بعضها بعضها. قلت: ورواه أيضاً محمد في كتاب الحجعة عن عبد الرحمن بن عبد الله بن عنة

اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى

٥٥٥

ذلك^(١). وقال أبو يوسف: وهو موقوف وإن رفع إلى الحاكم وهو كفاء اجزت ذلك كأن القاضي ههنا ولي بلغه أن ابنته قد تزوجت فأجاز ذلك.

قال: وإذا تزوج الرجل المرأة فأعلن المهر وقد كان أسر قبل ذلك مهراً واشهد شهوداً عليه وأعلم الشهود أن المهر الذي يظهره فهو كذا وكذا سمعة يسمع بها القوم وأن أصل المهر هو كذا وكذا الذي في السر ثم تزوج فأعلن الذي قال، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: المهر هو الأول وهو المهر الذي في السر والسمعة باطل الذي أظهر للقوم. وبه نأخذ^(٢).

عن القاسم بن عبد الرحمن في قصة فريضة والمسيب بن نجبة عن عبد الله بن مسعود أنه أجاز قول فريضة في قول ثبت المسيب.

(١) وفي المبسوط ج ٥ ص ١١: وأما من جوز السكاح بغير ولي استدلل بقوله تعالى: ﴿فَلَا حُدُوحَ عَلَيْهِمْ فِيمَا فَعَلُوا فِي أَنْفُسِهِمْ﴾ وبقوله تعالى: ﴿حَتَّىٰ تَبْكِيَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ وبقوله تعالى: ﴿أَن يَبْكِيَنَّ أَزْوَاجَهُنَّ﴾ وأضاف العقد إليهن في هذا الآيات فدل أنها تلك الباشرة والمراد بالعصل: المنع حبساً بأن يجلسها في بيت ومنعها من أن تزوج، وهذا خطاب للأرواح فإنه قد في أول الآية: ﴿وَإِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ﴾ وبه يقول إن من طلق امرأته وانقضت علتها ليس له أن يمنعه من التزوج بزواج آخر. وأما الأخبار فقولته ﷺ: «الأم أحق بتقصها من وليها» والآية اسم للمرأة لا زوج لها، بكراً كانت أو ثيباً. وهذا هو الصحيح عند أهل اللغة، وهو اختيار الكرخي قال: الأم من النساء كالعرب من الرجال، بخلاف ما ذكر محمد أن الأم اسم للثيب. وقد بنا هذا في شرح الجامع. وقال ﷺ: «ليس للولي مع الثيب أمر» وحديث الخساء حيث كانت بين يدي رسول الله ﷺ: لكني أردت أن تعلم النسب أليس إلى الآباء من أمور بناتهم شيء. ولما خطب رسول الله ﷺ أم سلمة رضي الله عنها اعتذرت بأعذار من جعلتها أن أولياءها عيب، فقال ﷺ: «ليس في أوليائك من لا يرعى بي، قم يا عمر فروح أمك من رسول الله ﷺ» خاطب به عمر بن أبي سلمة وكان ابن سبع سنين، وعمر عمر وعلي وابن عمر رضي الله عنهم جواز السكاح بغير ولي، وأن عائشة رضي الله عنها زوجت ابنه أخيها حفصة بنت عبد الرحمن من السر من الزبير وهو غائب فلما رجع قال: أو مثلي بنتان عليه في بناته؟ فقالت عائشة رضي الله عنها: أو ترغب عن المنذر؟ والله لتملكه أمرها! ومهذا تبين أن ما روي من حديث عائشة رضي الله عنها غير صحيح، فإن فتوى الراوي بخلاف الحديث دليل وهن الحديث، ومدار ذلك الحديث على الزهري، وأنكره الزهري وجوز النكاح بغير ولي. ثم هو محمول على الأمة إذا زوجت عنها بغير إذن مولاه أو على الصغيرة أو على الثبونة، وكذلك سائر الأخبار التي روي على هذا تحمل أو على بيان النكاح المستحب أن لا تباشر المرأة العقد ولكن الولي هو الذي يزوجها. والتفصيل فيه فمن شاء زيادة الإطلاع فليرجع إليه فإنه أطال ومصل فأجاءه.

(٢) وفي المبسوط ج ٥ ص ٨٧: وإذا تزوجها على مهر في السر وسع في العلانية بأكثر منه يؤخذ بالعلانية، وهذا على وجهين: إن كانا تواضعا في السر على مهر ثم تعاديا في العلانية بأكثر منه فالمهر مهر العلانية، لأن تلك المواضع ما كانت لأرمة، وجعل ما عقدا عليه في العلانية بمنزلة الزيادة في مهرها.

وكان ابن أبي ليلى يقول: السمعة هي المهر والذي أسر باطل، أحبرنا أبو يوسف عن مطرف عن عامر قال: إذا أسر الرجل مهراً وأعلن أكثر من ذلك أخذ بالعلاية، أحبرنا أبو يوسف عن الحسن بن عمار عن الحكم عن شريح وإبراهيم مثله.

قال: وإذا زوج الرجل ابنته وقد أدركت، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: إذا كرهت ذلك لم يجز النكاح عليها لأنها قد أدركت وملكت أمرها فلا تكرهه على ذلك. بلغنا عن رسول الله ﷺ أنه قال: «البكر تستأمر في نفسها وإذنها صماتها»^١ فلو كانت إذا أكرهت أجرت على ذلك لم تستأمر. وبه يأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: النكاح جائز عليها

إلا أن يكون أشهد عليها أو على وليها الذي زوجها منه أن المهر هو الذي في السر والعلاية سعة، فحينئذ المهر ما سى لها في السر، لأنها في الإشهاد أطهر أن مرادها الهزل بالزيادة على مهر السر، والهزل ببعض المسمى مانع من الوجوب إلا على قول ابن أبي ليلى رحمه الله تعالى، فإنه يقول: كما لا يعمل الهزل في جانب المسكوة وكذلك في جانب الصداق فيكون مهرها مهر العلاية، فأما إذا تعاقد في السر بألف وأشهدا أنهما يجددان العقد بألفين سعة فالمهر هو الأول، لأن العقد الثاني بعد الأول لم، وبالإشهاد علمنا أنهما قصدا الهزل بما سعى فيه. وإن لم يشهدا في ذلك فالذي أشار إليه في الكتاب أن المهر هو مهر العلاية ويكون هذا منه زيادة لها في المهر.

قالوا: وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، فأما عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى المهر هو الأول، لأن العقد الثاني لمع فما ذكر فيه من الزيادة أيضاً يلعو. وعند أبي حنيفة أصل العقد الثاني وإن صار لعمراً فما ذكر فيه من الزيادة يكون معتبراً بمنزلة من قال لعبد وهو أكبر سناً منه: هذا اسبي فإنه لما لعا صريح كلامه عندهما لم يعتق العبد، وعند أبي حنيفة رحمه الله وإن لعا صريح كلامه في حكم النسب بقي معتبراً في حق العتق.

(١) أخرج البخاري من طريق أبي يوسف وأسد بن عمرو والحسن بن زياد والحمامي وغيرهم عن الإمام عن شيخان بن عبد الرحمن عن يحيى بن أبي كثير عن المهاجر بن عكرمة عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «لا تكح البكر حتى تستأمر ورضاها سكوتها، ولا تنكح الثيب حتى تستأذن»* وأخرجه طليحة بن محمد من طريق محمد والمقرئ وحمة وأسد والحسن وغيرهم، وأبو خسرو من طريق المقرئ والأشعري من طريق السنياني والكلاعي من طريق الوهي عنه. قلت: وأخرجه الإمام محمد في الحجعة عن مالك عن نافع بن جبير عن مطرف عن ابن عباس عن النبي ﷺ قال: «الأم أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها»* وأخرج حديث ابن عباس مسلم والأربعة. وفي الباب عن علي ومعاذ وابن عمر وأبي ذر والمقداد وابن مسعود وجابر وعمران والمصور وابن عمرو وأنس وأم هانئ المؤمنين عائشة وأم سلمة وزياد بنت جحش رضي الله عنهم، وأكثرها صحيحة.

* رواه أبو نعيم في مسند أبي حنيفة (ص ١٢٦)، والشيخاني في الحجعة (١٣٤/٣).

** رواه مسلم (١٠٣٧/٢)، والترمذي (٤١٦/٣)، والبخاري (٢٥٥٦/٦)، وأبو داود (٢٣٢/٢)، والنسائي (٨٤٦/٦)، وأبو داود (٨٥)، وانظر: الدراية (٥٩/٢)، والتلخيص (١٦١/٣)، والتمحيق لاس الجوري (٢٥٩/٢).

قال: وإذا تزوج الرجل المرأة ثم اختلفا في المهر فدخل بها وليس بينهما بينة، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول في ذلك: لها مهر مثلها إلا أن يكون ما ادعت أقل من ذلك فيكون لها ما ادعت. وكان ابن أبي ليلي يقول: إما لها ما سئى لها الزوج وليس لها شيء غير ذلك. وبه نأخذ^(٢). ثم قال أبو يوسف: بعد أن أقر الزوج بما يكون مهر مثلها أو

(١) وفي المبسوط ج ٥ ص ٢: وحدثنا في ذلك حديث أبي هريرة وأبي موسى الأشعري رضي الله عنهما أن النبي ﷺ رد نكاح بكر زوجها أبوها وهي كارهة. وفي حديث آخر قال في البكر: «يروحها وليها، فإن سكنت فقد رصيت، وإن أبت لم تكره» وفي رواية فلا يجور عليها. والدليل عليه حديث الخساء، فإنها جاءت إلى النبي ﷺ فقالت: إن أبي روجني من ابن أخيه وأنا لذلك كارهة، فقال ﷺ: «أجيزي ما صنع أبوك» فقالت: ما لي رغبة فيما صنع أبي! فقال ﷺ: «اذهي فلا نكاح لك إنكحي من شئت» فقالت: أجرت ما صنع أبي ولكنني أردت أن يعلم النساء أن ليس للأباء من أمور بناتهم شيء. ولم ينكر عليها رسول الله ﷺ مقالتها ولم يستفسر أنها بكر أو نيس، فدل أن الحكم لا يختلف. وفي الحديث المعروف: «البكر تستأمر في نفسها وسكوتها رضاها» فدل أن أصل الرضا منها، والشافعي رحمه الله لا يعمل بهذا الحديث أصلاً، فإنه يقول في حق الأب والجد: لا يشترط رضاها، وفي تزويج غير الأب والجد لا يكتفى بسكوتها.

(٢) وفي المبسوط ج ٥ ص ٦٥: وإذا اختلف الزوجان في المهر فقال الزوج ألف، وقالت المرأة ألفان، فهي قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى يحكم مهر مثلها، وفي قول أبي يوسف وابن أبي ليلي رحمهما الله تعالى القول قول الزوج إلا أن يأتي بشيء مستنكر جداً، وجه قولهما أنها اختلفا في بدل عقد لا يحتمل المسخ بالإقالة فيكون القول قول المسكر للزيادة، كما لو اختلفا في بدل الخلع والعقد بمال. ولا معنى للمصير إلى تحكيم مهر المثل، لأن وجود مهر المثل عند عدم التسمية، وهما مع اختلافهما اتفقا على أصل المسمى، وذلك مانع وجوب مهر المثل، ولا معنى للتحالف بينهما، لأن التحالف لمسح العقد بعد ضامه والنكاح لا يحتمل هذا النوع من القسح. والدليل عليه أنه لو طلقها قبل الدخول كان ذا نصف ما يقوله الزوج، ولا يصار إلى تحكيم المنعة فكذا في حال قيام العقد، لأن المنعة بعد الطلاق موجب نكاح لا تسمية فيه كمهر المثل قبله. وأما أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى فلا: لصحة النكاح في الشرع موجب وهو مهر المثل لا تقع الرأفة عنه إلا بتسمية صحيحة، بعد الاختلاف في المسمى يجب المصير إلى الموجب الأصلي كالتصايع ورب الثوب إذا اختلفا في الأجر فإنه يصار إلى تحكيم قيمة الصنف لهذا المعنى. وهذا بخلاف القصار ورب الثوب إذا اختلفا في الأجر، لأنه ليس لعمل القصار موجب بدون التسمية. ثم النكاح عقد محتمل للفسخ فإنه يفسخ بخيار العتق وخيار البلوغ وعدم الكفاءة ويستحق فيه التسليم والتسليم، فيشبه البيع من هذا الوجه فإذا وقع الاختلاف في البدل يجب التحالف، بخلاف الطلاق بمال والعتق بمال. وأما إذا طلقها قبل الدخول يصار إلى تحكيم التسمية على ما نص عليه في الجامع. والتفصيل في المبسوط. وقال في معنى قوله: إلا أن يأتي بشيء مستنكر جداً: والأصح أن مراده أن يدعي شيئاً قليلاً يعلم أنه لا يتزوج مثل تلك المرأة على ذلك المهر عادة.

* رواه البخاري (٢٥٥٥/٦)، وانظر: الفتح: (١٩٦/٩).

** الفتح (١٨/٤)، وستن سعيد بن منصور (٧٤٣/٣).

قريباً منه قبل منه وإلا لم يقبل منه.

قال: وإذا اعتقت الأمة وزوجها حراً، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يجعل لها الخيار، إن شاءت اختارت نفسها وإن شاءت أقامت مع زوجها ^(١) وكان ابن أبي ليلى يقول: لا خيار لها. ومن حجة ابن أبي ليلى في بريرة أنه يقول: كان زوجها عبداً ^(٢). ومن حجة أبي حنيفة في ذلك أنه يقول: إن الأمة لا تملك نفسها ولا نكاحها. وقد بلغنا عن رسول الله

(١) وفي المسوط ج ٥ ص ٩٨: وإذا أعتقت الأمة ولها زوج قد كان زوجها المولى منه أو تزوجته بإذن المولى فلها الخيار، إن شاءت أقامت معه، وإن شاءت فارقت، لما روي أن عائشة رضي الله عنها لما أعتقت بريرة قال لها رسول الله ﷺ: «ملكك بضعك فاختاري» وكان زوجها مقيت بمشي حنفها ويكي وهي تابه، فقال النبي ﷺ لأصحابه: «ألا تعجبون من شدة حبه لها وبعضها له!» ثم قال: «أقضي الله بينه وبين زوجك وأب ولدك» فقالت أنا مري؟ فقال: «لا إنما أنا شافع» فقالت: إذا لا حاجة بي إليه. فاختارت نفسها *. وكان المعنى فيه أن ملك الزوج يزداد عليها بالعق، فإن قل العتق كان يملك عليها تطليقتين ويملك مراجعتها في قرأين وعدتها حيضتان، وذلك كله يزداد بالعق وهي لا تتواصل إلى رفع هذه الزيادة إلا برفع أصل العقد، فأثبت الشرع لها الخيار لهذا، ولهذا لو اختارت نفسها كان فسحا لا طلاقاً بصرلة الخيار الثابت لرفع أصل العقد، وفي حق من توقف على إجازته لا يكون طلاقاً، ولأن سبب هذا الخيار معنى في جانبها وهو ملكها أمر نفسها والفرقة متى كانت بسبب من جهة المرأة لا تكون طلاقاً يستوي إن كان الزوج حراً أو عبداً، عندنا، إلى أن قال: الرواة اختلفوا في زوج بريرة رضي الله عنها فروي أنه كان عبداً وروي أنه كان حراً عند عتقها، ولما تعارضت الروايات في صفة زوجها يجعل كأنه لم ينقل في ذلك شيء فيبقى الاعتماد على قول رسول الله ﷺ: «ملكك بضعك فاختاري» وفي هذا التعليل لا فرق بين أن يكون الزوج حراً أو عبداً.

(٢) وفي عقود الخواهر المسبقة ج ١ ص ١١٩: ونقل (أي ابن التركماني) عن ابن حزم في المحلى ما ملخصه أنه لا خلاف أن من شهد بالحرية يقدم على من شهد بالرق لأن عنده زيادة علم، ثم لو لم يختلف أنه كان عبداً هل جاء في شيء من الأخبار أنه عليه السلام إنما خيرها لأنها تحت عبداً هذا لا يجلسونه أبداً فلا فرق بين من يدعي أنه خيرها لأنه كان عبداً وبين من يدعي أنه خيرها لأنه كان أسود واسمه مغيث، فالحق إذن أنه إنما خيرها لكونها عتقت بموجب تحيير كل معتقة سواء كانت تحت حر أو عبد، وإلى هذا ذهب ابن سيرين وطاوس والشعبي، وذكر ذلك عبد الرزاق بأسانيد صحيحة. وأخرجه ابن أبي شيبة عن السجعي ومجاهد، وحكاها الخطابي عن حماد والثوري وأصحاب الرأي. وفي التمهيد: وبه قال مكحول. وفي الاستدكار إنه قول ابن المسيب أيضاً، والله أعلم.

* رواه أبو داود (٢٧٠/٢)، والمدارقطني (٢٩٣/٣)، والطحطاوي في شرح معاني الآثار (٨٣/٣)، وابن حبان (٩٦/١٠)، وانظر: التحقيق (٢٧٩/٢)، ونصب الراية (٢٠٦/٣)، والمحلى (٢٣٤/٩، ٢٣٥).

اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى

٥٠٩

ﷺ أنه خير بريرة حتى عقت^(١). وقد بلغنا عن عائشة رضي الله عنها أن زوج بريرة كان حرًا^(٢).

قال: وإذا تزوجت وزوجها غائب كان قد نعي إليها فولدت من زوجها الآخر ثم جاء زوجها الأول، فإن أبا حنيفة ﷺ كان يقول: الولد للأول وهو صاحب الفراش. وقد بلغنا عن رسول الله ﷺ أنه قال: «الولد للفراش وللعاهر الحجر»^(٣). وكان ابن أبي ليلى

(١) أخرجه البخاري في مسنده من طريق علي بن يزيد عن الإمام عن حماد عن إبراهيم عن الأسود عن عائشة أنها أعتقت بريرة ولها روح مولى لآل أبي أحمد فحبرها رسول الله ﷺ فاحتارت نفسها ففرق بينهما، وكان زوجها حرًا. قلت: حديث عتق بريرة وتخييرها أخرجه البخاري ومسلم عن عائشة رضي الله عنها.

(٢) أخرجه البخاري من طريق زيد بن الحباب: سعت أبا حنيفة، وهو في المسجد الجامع بالكوفة يسأل قوم من أهل خراسان عن روح بريرة أكان عبدًا أو حرًا فقال: كان حرًا، فحبرها النبي ﷺ. حديثه حماد عن إبراهيم عن الأسود عن عائشة، وأخرجه البخاري وغيره من الأئمة، وأخرجه الإمام محمد في كتاب الحجة عن أبي معاوية عن الأعمش عن إبراهيم عن الأسود عن عائشة رضي الله عنها، وأخرجه عن عماد بن العوام عن عاصم الأحول عن الشعبي عن عائشة، وأخرجه عن عماد بن العوام عن سعيد بن أبي عروبة عن إبراهيم عن الأسود قال: سألت عائشة رضي الله عنها عن زوج بريرة فقالت: كان حرًا، وأخرجه عن إبراهيم مرسلاً وعن الشعبي موقوفًا.

(٣) أخرجه البخاري في مسنده من طريق محمد بن بشر عن الإمام عن حماد عن إبراهيم عن الأسود عن عمر ﷺ أن النبي ﷺ قال: «الولد للفراش وللعاهر الحجر» وأخرجه محمد بن طلحة من طريق عبد الوهاب بن تعدة عن الإمام عن إسماعيل بن عياش الحمصي عن شرحبيل بن مسلم الخولاني عن أبي أمامة قال: سعت رسول الله ﷺ يقول عام حجة الوداع: «إن الله تعالى قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية للوارث، والولد للفراش وللعاهر الحجر...» الحديث بطوله، وأخرجه القاضي أبو بكر محمد بن عبد الباقي في مسند الإمام من طريق أبي يوسف عنه عن علي بن مسهر عن الأعمش عن إسماعيل بن عياش - الحديث. قلت: وأخرجه الشيخان من حديث أبي هريرة وعائشة وفي حديثها قصة سودة، ورواه أبو داود عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده رفعه: «لا دعوة في الإسلام، ذهب أمر الجاهلية، الولد للفراش وللعاهر الحجر» ورواه البيهقي عن عثمان ﷺ أن رسول الله ﷺ قضى أن الولد للفراش وللعاهر الحجر، وفيه قصة. ورواه الترمذي من حديث أبي أمامة، ورواه أبو داود عن علي ﷺ أن رسول الله ﷺ قضى أن الولد للفراش، وفيه قصة.*

* رواه البخاري (٧٢٤/٢)، (٨٥٢)، (١٠٠٧/٣)، (١٥٦٥/٤)، (٢٤٨١/٦)، (٢٤٩٩)، (٢٤٨٤)، ومسلم (١٢٨٠/١)، والترمذي (٤٦٣/٣)، (٤٣٣/٤)، والطحاوي (١٠٤/٣)، (١١٣)، (١١٤)، والسيهري (٨٦/٦)، (١٥٧/٧)، (٤٠٢)، والدارقطني (٣١٣/٣)، (٢٤١/٤)، والشافعي في مسنده (ص ١٨٧)، وأبو داود (٢٨٢/٢)، والنسائي (١٨٠/٦)، وابن ماجه (٦٤٦/١)، والحاكم (٧٣١/٣).
انظر: الدراية (٧٣/٢)، والتلخيص (٣/٤).

يقول: الولد للأخر لأنه ليس بعاهر.
والعاهر: الزاني لأنه متزوج. وكذلك بلغنا عن علي بن أبي طالب عليه السلام.
وبه نأخذ ^(٢).

(١) أخرجه الإمام محمد في دعوى الأصل، وأخرجه البيهقي من طريق هشيم عن الشيباني عن عمران بن كثير أن عبيد الله بن الحر تزوج جارية من قومه يقال لها الدرداء زوجها أبوها فاطلق عبيد الله فلحق بمعوية وأطال العيبة على امرأته ومات أبو الحارثية فزوجه أهلها من رجل منهم يقال له عكرمة فبلغ ذلك عبيد الله فقدم فخاصمهم إلى علي عليه السلام فرد عليه المرأة، وكانت حاملاً من عكرمة فوضعها على يدي عدل فقالت المرأة لعلي: أنا أحق بمالي أو عبيد الله بن الحر؟ فقال: بل أنت أحق بذلك، قالت: فأشهدك أن كل ما كان لي على عكرمة من شيء من صداقي فهو له، فلما وضعت ما في بطنها ردها إلى عبيد الله بن الحر وألحق الوليد بآبيه.

(٢) وفي كتاب الدعوى من المبسوط ح ١٧ ص ٦١ محتجاً للإمام في هذه المسألة: لأنه صاحب الفرائض الصحيح، فإن فيه لا يفسد فرائضه، والزواج الثاني صاحب الفرائض الفاسد. ولا معاوضة بين الصحيح والفساد بوجه بل الفاسد مدعوع بالصحيح، والمرأة مردودة على الروح الأول والولد ثابت النسب منه كمن زوج أمته فحاعت بولد ثبت النسب من الزوج دون المولى وإن ادعاه المولى، لأن ملك اليمين لا يعارض النكاح في الفرائض بل الفرائض الصحيح لصاحب النكاح بل أولى، فإن هناك ملك اليمين عند الأفراد غير مثبت للحل والنكاح الفاسد عند الأفراد غير مثبت للحل، فإن نفى الأول والأخر الولد أو نفاه أحدهما أو ادعاه أو ادعاه أحدهما فهو للأول على كل حال، ولا حد ولا لعان لأنها غير محصنة حين دخل الزوج الثاني عليها بنكاح فاسد، فلا يجري اللعان بينها وبين الأول، والنسب إذا ثبت بالنكاح لا ينتهي إلا باللعان. وكان ابن أبي ليلى يقول: الولد للثاني، لأن الفرائض الفاسد يثبت النسب كالقراض الصحيح أو أقوى حتى يثبت النسب به على وجه لا ينتمي بالنفي، ثم الثاني إليها أقرب يداً والولد مخلوق من مائه حقيقة فيترجح حابه بالقرب واعتباراً للحقيقة. وذكر أبو عصمة عن إسماعيل بن حماد عن عبد الكريم الجرجاني عن أبي حنيفة عليه السلام أن النسب يثبت من الزوج الثاني كما هو قول ابن أبي ليلى، وفيه حديث الشعبي ذكره [أي محمد] في الكتاب (أي في الدعوى من الأصل) أن رجلاً من الجعفيين زوج ابنته من عبيد الله بن الحر ثم مات ولحق عبيد الله بمعوية عليه السلام فزوجه الحارثية إخوانها، فحاة ابن الحر فخاصم زوجها إلى علي عليه السلام فقال علي عليه السلام: أما إنك الممالي علينا عدونا؟ فقال: أيمعني ذلك من عدلك؟ فقال: لا، فقضى بالمرأة له وقضى بالولد للروح الآخر، إلا أن أبا حنيفة رحمه الله قال: الحديث غير مشهور فلا يترك به القياس الظاهر، ولو ثبت وجب القول به. وكان أبو يوسف رحمه الله يقول: إن جاءت به لأقل من ستة أشهر منذ تزوجها الثاني فهو من الروح الأول وإن جاءت به لستة أشهر فصاعداً منذ تزوجها الثاني فهو الزوج الثاني سواء ادعاه أو نفاه، لأن النكاح الفاسد يلحق بالصحيح في حكم النسب، فباعتراض الثاني على الأول يقطع الأول في حكم النسب ويكون الحكم للثاني، والتقدير فيه بأدنى مدة الحمل اعتباراً للفساد بالصحيح. وإننا قلنا إن الأول يقطع بالثاني، لأن بدخول الثاني بها تحرم على الأول ويلزمها العدة من الثاني ووجوب العدة ليس إلا لصيانة الماء في الرحم، ولو لم يكن النسب بحيث يثبت من الثاني لم يكن

باب الطلاق

قال: أحبرنا أبو يوسف عن الأشعث بن سوار^(١) عن الحكم عن إبراهيم عن ابن مسعود رضي الله عنه أنه كان يقول في الحرام: إن بوى به يميناً فيمين وإن نوى طلاقاً مطلقاً وهو ما بوى من ذلك^(٢). وإذا قال الرجل: كل حل على حرام، فإن أنا حيلة بيمينه كان يقول:

لوجوب العدة عليها من الثاني معنى. وعلى قول محمد رحمه الله إن جاءت به لأكثر من سنتين منذ دخل بها الثاني فهو للثاني، وإن جاءت به لأقل من سنتين منذ دخل بها فهو للأول، ذلك وجوب العدة عليها من الثاني بالدخول لا بالسكاح، والحكمة إنما تثبت على الأول لوجوب العدة من الثاني فكانت حرمتها عليه بهذا السب كحرمتها بالطلاق، والتقدير بأدنى مدة الحمل عند قيام الحل ولا حل بينهما فالعبرة للمكان، فإذا جاءت به لأقل من سنتين منذ دخل بها الثاني يتوهم أن يكون هذا من علوق كان قبل دخول الثاني بها في حال حلها للأول فكان النسب ثابتاً منه، وإن جاءت به لأكثر من سنتين فقد انقطع هذا التوهم فكان النسب من الثاني.

(١) هو أشعث بن سوار الكندي النوايتي: جمع تابوت، الأفرق الأثرم، قاضي الأهوار كوفي. روى عن الحسن وابن سيرين وطائفة. وعنه شعبة وحفص بن غياث وهشيم، وخلق. قال الثوري: أثبت من بحالده. قال ابن معين والمدارقي ضعيف. وقال عبد الله بن أحمد الدورقي عن يحيى بن معين: أشعث ابن سوار ثقة. قلت: روى له الأربعة إلا أبا داود ومسلم متاعه والبخاري في الأدب المفرد. مات سنة ١٣٦.

(٢) وأخرجه البيهقي [٣٥١/٧] من طريق سفيان عن أشعث بن سوار عن الحكم عن إبراهيم عن ابن مسعود رضي الله عنه أنه كان يقول: نيته في الحرام ما بوى، إن لم يكن بوى طلاقاً فهي يمين. وروى من طريق أبي مسلم عن الأنصاري عن أشعث عن الحسن في الحرام إن نوى يميناً فيمين، وإن بوى طلاقاً فطلاق. وروى من طريق علي بن الجعد عن شريك عن مخلد بن راشد عن أبي جعفر في الحرام إن بوى طلاقاً فهي تطليقة واحدة وهو أملك بالرجعة، وإن لم ينو طلاقاً فيمين يكفرها قال (أي علي بن الجعد): وأنا شريك عن مخلد عن عامر عن ابن مسعود مثله. وروى عن عمر أنه كان يجعل الحرام يميناً. وروى عن سفيان عن حبيب بن أبي ثابت عن إبراهيم عن عمر أنه أتاه رجل فد طلق امرأته تطليقتين فقال: أنت علي حرام. فقال عمر: لا أردّها عليك. وروى عن الشعبي في الرجل يجعل امرأته عليه حراماً قال: يقولون إن علياً جعلها ثلاثاً، قال عامر: ما قال رضي الله عنه هذا إنما قال: لا أحلها ولا أحرمها. قال البيهقي: وروى فيما مضى عن علي أنها ثلاث هذا نوى إلا أنها رواية ضعيفة. قلت: وقال الحافظ علاء الدين في الجوهر: وقال صاحب الاستذكار: الصحيح عن علي رضي الله عنه أنها ثلاث، وكذا مذهب ريد إلى أن قال: وذكر البيهقي في هذا الباب عن جماعة من الصحابة وغيرهم قالوا: الحرام يمين يكفرها. وهذا يرد قول الشعبي ولا يكون يميناً، وإذا كان الحرام يميناً فاليمين لا يكفر إلا بعد الخنث. وكلام هؤلاء محمول على ما إذا أضيق التحريم ولم يكن له نية، وكلام علي وغيره ممن جعله طلاقاً محمول على ما إذا نوى الطلاق. انتهى ما قاله الحافظ.

وروى الإمام محمد في كتاب الآثار عن الإمام عن حماد عن إبراهيم في الرجل يقول لامرأته: أنت

اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى

القول قول الزوج، فإن لم يعن طلاقاً فليس بطلاق وإنما هو يمين يكفرها، وإن عني الطلاق وبوى ثلاثاً فثلاث، وإن نوى واحدة فواحدة بائنة، وإن نوى طلاقاً ولم ينو عدداً فهي واحدة بائنة^(١). وكذا إذا قال لامرأته: هي علي حرام^(٢). وكذلك إذا قال لامرأته:

علي حرام: إن نوى الطلاق فهي واحدة وهو أملك برجعتها.

قال محمد: وأما في قول أبي حنيفة فإن نوى الطلاق فهو ما نوى، وإن نوى واحدة فهي واحدة بائنة، وإن نوى طلاقاً ولم ينو عدداً فهي واحدة بائن. وإن نوى اثنتين فهي واحدة بائن، وإن بوى واحدة يملك الرجعة فهي واحدة بائن، وإن بوى ثلاثاً فهي ثلاث لا تحل له حتى تكبح زوجها غيره، وإن لم يبو طلاقاً فهي يمين، وهو مول إن تركها أربعة أشهر لا يقرها بانث بالإيلاء، وإن لم تكن له نية فهو إيلاء أيضاً، وإن بوى الكذب فليس بشيء. وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله.

(١) وفي الميسوط ج ٦ ص ٧١: «ولو قال: كل حل علي حرام يسأل عن نيته، فإذا نوى يميناً فهو يمين ولا تدخل امرأته فيه إلا أن ينويها فإذا لم ينو حمل ذلك على الطعام والشراب خاصة» وفي القياس وهو قول رفر رحمه الله تعالى كما يفرغ من يمينه يحث وتلزمه الكفارة. فإن فتح العيين والقعود والقيام حل داخل في هذا التحريم فكان شرط الحنث عقيب التحريم موجوداً. ولكننا نقول: علمنا يقيناً أنه لم يرد به العموم لأن البر مقصود ولا تصور للبر إذا حمل على العموم، فإذا لم يمكن اعتبار معنى العموم فيه حمل على المتعارف وهو الطعام والشراب الذي به قوام النفس. ولا تدخل المرأة فيه إلا أن ينويها، لأن إدخالها بدون الية لمراعاة العموم وقد تعدر ذلك، والعادة أن المرأة إذا قصدت بالتحريم تحصى بالذكر «فإن نواها دخلت فيه» لأن المنوي من محتملات لفظه، ولكن لا يحرج الطعام والشراب، حتى إذا أكل أو شرب أو قرب امرأته حث، لأن طاهر لفظه للطعام والشراب ولا يدين في صرف اللفظ عن ظاهره «فإذا حث سقط عنه الإيلاء» لأن الكفارة لزمته وارتفعت اليمين «وإن لم يكن له نية فهو يمين يكفرها» لأن الحرمة باليمين أدنى الحرمات «وإن نوى الطلاق فالقول فيه كالقول في المسألة الأولى» وعند نية الطلاق لا يكون يميناً. لأنه لفظ واحد فلا يسع فيه معنيان مختلفان والطلاق غير اليمين. فإذا عملت بيته في الطلاق سقط اعتبار معنى اليمين. وعلى هذا روى عيسى بن أنان عن أبي يوسف ومحمد أنه لو قال لامرأتين: أنتما علي حرام ينوي في إحداها الطلاق وفي الأخرى اليمين أنه يكون طلاقاً فيهما جميعاً، وكذلك لو بوى في إحداها الطلاق ثلاثاً وفي الأخرى واحدة بكون ثلاثاً فيهما جميعاً لأنه كلام واحد فلا يحتمل معنيين مختلفين «وإن نوى الكذب فهو كذب» كما يسا في الفصل الأول.

(٢) وهذه المسألة في الميسوط ج ٦ ص ٧٠ مبسطة مدللة مشروحة أنقل لك بعض صورها: قال: وإن نوى الطلاق أي بالحرام لأنها مفروضة في لفظ الحرام، ولم ينو عدداً فهذه واحدة بائنة لأن نية الطلاق قد صحت فيقع القدر المتيقن وهو الواحدة، وإن لم يبو الطلاق ولكن بوى اليمين كان يميناً فإن تحريم الحلال يمين، قال الله تعالى: ﴿يَتَأْتِيَنَّكَ لَمَّا تَحَرَّمَ مَا أَحَلَّ اللَّهُ﴾ إلى قوله تعالى: ﴿قَدْ فَرَضَ اللَّهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَانِكُمْ﴾ حاء في التفسير أنه كان حرم مارية القطبية على نفسه، وفي بعض الروايات حرم الغسل على نفسه، وروى الصحاك عن أبي بكر وعمر وابن

خلية أو برية أو بئس أو شة فالقول قول الزوج وهو ما بوى، إن بوى واحدة فهي واحدة باقة، وإن نوى ثلاثاً ثلاثاً^(١) بلغا ذلك عن شريح^(٢) وإن نوى اثنتين فهي واحدة بائة، وإن لم يبو طلاقاً فليس بطلاق غير أن عليه اليمين ما نوى طلاقاً. وبه نأخذ. وكان

مسعود وابن عباس وعائشة رضي الله عنهم في هذا اللفظ أنه لو بوى الطلاق فهو طلاق. وبوى اليمين فهو يمين، وعن ابن عمر قريباً منه، وعن زيد بن ثابت قال: يمين بكفرها، والشافعي رحمه الله يقول: تحریم الحلال لا يكون يميناً ولكن تحب به الكفارة في الروحة والأمة خاصة، وكذلك إن لم يكن له نية فهو يمين، لأن الحرمة الثانية باليمين دون الحرمة التي تثبت بالطلاق، وعدم الاحتمال لا يثبت إلا القدر المتيقن فكان يميناً إن فرها كفر عن يمينه للحنف، وإن لم يفرها حتى مضت أربعة أشهر نانت بالإيلاء. وكذلك لو نوى الإيلاء فهو وبية اليمين سواء، وإن بوى الكذب فهو كذب لا حكم له، لأن كلامه من حيث الظاهر كذب فإنه وصفها بالحرمة وهي حلال له. قالوا: هذا فيما بينه وبين الله تعالى، أما في القضاء فلا يدين، لأن كلام العاقل محمول على الصحة والعمل به شرعاً فلا يلعي مع إمكان الأعمال، وفي حمله على الكذب العاؤه. ولم يذكر في الكتاب ما لو قال: نويت به الطهار، وذكر في الوادر أنه يكون ظهاراً في قول أبي حنيفة وأبي يوسف لأنها تحرم عليه بالطهار كما تحرم عليه بالطلاق فكان ما نوى من محتملات لفظه، وعند محمد لا يكون ظهاراً لأن الطهار تشبيه المحللة بالحرمة فبدون حرف التشبيه وهو الكاف لا يثبت الطهار.

(١) وفي المبسوط ج ٦ ص ٧٢: ولو قال: أنت مني بائن أو بنة أو خلية أو برية فإن لم يبو الطلاق لا يقع الطلاق لأنه تكلم بكلام محتمل فالبيونة تارة تكون من المتزل وتارة تكون في الصحة والعشرة وتارة من السكاح، واللفظ المحتمل لا يتعين فيه بعض الجهات بدون النية أو علّة الاستعمال، ولأن بدون النية معنى الطلاق مشكوك في هذا اللفظ والطلاق بالشك لا ينزل، وإن نوى الطلاق فهو كما نوى إن نوى ثلاثاً فثلاث لأنه نوى أتم أنواع البيونة فإن البيونة تارة تكون مع احتمال الوصل عقبيه وتارة تكون على وجه لا يحتمل الوصل عقبيه وهو الثلاث ما لم تنزوج بزوجه آخر فعملت نيته، وإن بوى اثنتين فهي واحدة بائة عندنا حلالاً لمرم رحمه الله. وقد بينا في الفصل الأول الكلام في هذا فإن قوله بائن كلمة واحدة فلا تحتمل العدد، وإن بوى واحدة أو نوى الطلاق فقط فهي واحدة بائة عندنا إلخ.

(٢) روى الإمام عن حماد عن إبراهيم أن عروة بن المعيرة أرسل إلى شريح وهو أمير الكوفة يسأله: يقول الرجل لامرأته: أنت طالق ألبنة؟ فقال: كان علي ابن أبي طالب رضي الله عنه يجعلها ثلاثاً، وكان عمر رضي الله عنه يجعلها واحدة وهو أملك برجمتها. فقال عروة بن المعيرة: فما تقول أنت؟ قال شريح: أخبرتك بما قالوا، فقال عروة بن المعيرة: عزمت عليك لما قلت فيها. قال شريح: أراه قد خرج منه الطلاق وقوله «ألبنة» بدعة فنيته عند بدعته، فإن كان أراد ثلاثاً فثلاث، وإن كان أراد واحدة فواحدة بائة وهو خاطب. ثم قال إبراهيم: وقول شريح أحسب إلي من قولهما، رواه عنه الحسن بن زياد في مسنده. وأخرجه ابن خسر وأيضاً في مسنده من طريقه عنه. ورواه محمد عنه في كتاب الآثار نحو ما رواه ابن زياد. قال محمد: وبه نأخذ. وهو قول أبي حنيفة.

اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى

ابن أبي ليلى يقول في جميع ما ذكرت: هي ثلاث تطليقات لا ندينه في شيء منها ولا نجعل القول قوله في شيء من ذلك^(١).
قال: وإذا قال الرجل لامرأته: أمرك في يدك فقالت: قد طلقت نفسي ثلاثاً، فإن أبا حنيفة رحمته كان يقول: إذا كان الزوج نوى ثلاثاً فهي ثلاث، وإن كان نوى واحدة فهي واحدة بائنة. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: هي ثلاث ولا يسأل الزوج عن شيء^(٢).
قال: وكان أبو حنيفة رحمته يقول في الخيار: إن اختارت نفسها فواحدة بائنة، وإن اختارت زوجها فلا شيء. وبه نأخذ^(٣). وكان ابن أبي ليلى يقول: إن اختارت نفسها فواحدة يملكها الرجعة، وإن اختارت زوجها فلا شيء.

(١) وفي المسوط ج ٦ ص ٧١: وعلى قول ابن أبي ليلى في هذا وبظايره من الكنايات وهي ثلاث لا يدين في شيء لأنه وصفها بكونها محرمة عليه والحرم لا تثبت صفة للمحلل إلا بزوال صفة الحل لاستحالة اجتماع الضدين في محل واحد. وصفة الحل لا تزول إلا بالتطليقات الثلاث، فكان وقوع الطلاق موجباً لهذا اللفظ حقيقة فلا يدين في شيء آخر، ولكنا نقول: وصفها بالحرمه أنواع ولها أسباب، فإذا نوى نوعاً أو سبباً كان المنوي من محتملات كلامه فتصح نيته.

(٢) وفي المسوط ج ٦ ص ٢٣٢: وعن ابن أبي ليلى هي ثلاث ولا يصدق في القضاء إذا قال نويت واحدة لأنه موضح إليها هذا الكلام جنس ما يملك عليها وذلك ثلاث، ولكننا نقول: التصويب قد يكون خاصاً وقد يكون عاماً، فإذا نوى الواحدة فقد قصد تفويصاً خاصاً وهو غير مخالف للظاهر، وكذلك إن نوى الطلاق فقط، لأنه لا يثبت إلا القدر المتيقن عند الاحتمال، وكذلك إن نوى اثنتين لأن هذا نية العدد وهي لا تسع في هذا اللفظ فتكون واحدة بائنة.

(٣) وفي المسوط ج ٦ ص ٢١٣: «ثم المخيرة إذا اختارت زوجها لم يقع عليها شيء إلا على قول علي رحمته فإنه يقول يقع تطليقة رجعية إذا اختارت زوجها» فكأنه جعل عين هذا اللفظ طلاقاً «فقال: إذا اختارت زوجها فالواقع به طلاق لا يرفع الزوجية، ولسنا نأخذ بهذا بل نأخذ بقول عمر وعبد الله بن مسعود رضي الله عنهما أنهما إذا اختارت زوجها فلا شيء» وهذا الحديث عائشة رضي الله عنها قالت: خيرنا رسول الله ﷺ فاختارناه، ولم يكن ذلك طلاقاً «وإن اختارت نفسها فواحدة بائنة عدنا» وهو قول علي رحمته، وعلى قول عمر وابن مسعود رضي الله عنهما واحدة رجعية، وعلى قول زيد رحمته إذا اختارت نفسها فتلاث، وكأنه حمل هذا اللفظ على أتم ما يكون من الاختيار، وعمر وابن مسعود رضي الله عنهما حملاً على أدنى ما يكون منه وهو التطليقة الرجعية، ولكننا نأخذ به هذا بقول علي رحمته، لأن اختيارها نفسها إما يتحقق إذا رآه ملك الزوج عنها وصارت مالكة أمر نفسها وذلك بالواحدة البائنة وليس في هذا اللفظ ما يدل على الثلاث. لأن حكم ملكيتها أمر نفسها لا يختلف بالثلاث والواحدة البائنة، ولهذا قلنا: وإن نوى الثلاث بهذا اللفظ لا تقع إلا واحدة بائنة لأن هذا مجرد بية العدد منه، وقوله «اختاري» أمر بالفعل فلا يحتمل معنى العدد بخلاف قوله «أنت يائي» فية الثلاث إما تصح هاهنا باعتبار أنه نوى به نوعاً من البيونة، وهما الاختيار لا يتوعد بقي هذا مجرد بية العدد. قلت: فإن أي ليلى اختار قول عمر وابن مسعود رضي الله عنهما إذا اختارت نفسها، ولم يذكر السرحي قوله.

قال: وإذا قال الرجل لامرأته ولم يدخل بها: أنت طالق أنت طالق أنت طالق، طلقت بالتطبيق الأولى ولم يقع عليها التطبيقان الباقيتان. وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى. بلعن عن عمر بن الخطاب وعلي وابن مسعود وزيد بن ثابت وإبراهيم رضي الله عنهم بذلك، لأن امرأته ليست عليها عدة فقد بانت منه بالتطبيق الأولى وحلت للرجل، إلا ترى أنها لو تزوجت بعد التطبيق الأولى قبل أن يتكلم بالثانية زوجاً كان مكاحاً جائزاً؟

(١) وفي المسوط ج ٦ ص ٨٨ في ابتداء باب من الطلاق قال رحمه الله: «رجل قال لامرأته ولم يدخل بها: أنت طالق ثلاثاً تطلق ثلاثاً عندنا» وهو قول عمر وعلي وابن عباس وأبي هريرة رضي الله عنهم. وقال الحسن البصري: تقع واحدة بقوله طالق، فتبين لا إلى عدة، وقوله ثلاثاً يصادفها وهي أجبية فلا يقع بها شيء كما لو قال: أنت طالق وطالق وطالق. ولكننا نقول: الطلاق متى قرن بالعدد فالوقوف بذكر العدد، لأن الموقع هو العدد فإذا صرح بذكر العدد كان هو العامل دون ذكر الوصف، ولهذا لو ماتت المرأة بعد قوله طالق قبل قوله ثلاثاً لا يقع شيء، وهذا لأن الكل كلمة واحدة في الحكم، فإن إيقاع الثلاث لا يتأني بعبارة أوجز من هذا، والكلمة الواحدة لا يفصل بعضها من بعض، بخلاف قوله: أنت طالق وطالق وطالق، لأنها كلمات متفرقة «فأما إذا قال: أنت طالق أنت طالق أنت طالق، بانت بالأولى وكان الثنتان فيما لا يملك» وهو قول علي وابن مسعود وزيد وإبراهيم «وقال ابن أبي ليلى: إذا كان في مجلس واحد يقع ثلاث تطليقات» لأن المجلس الواحد يجمع الكلمات المتفرقة ويجعلها ككلام واحد. ولكننا نقول: كل كلمة إيقاع على حدة فلا تعمل إلا في محل قابل له، فإذا بانت لا إلى عدة لم تنق محل الوقوع عليها «ثم عند أبي يوسف تبين بالأولى قبل أن يفرغ من الكلام الثاني، وعند محمد بعد فراغه من الكلام الثاني» لجواز أن يلحق بآخر كلامه شرطاً أو استثناء، ولكن هذا إما يتحقق عند ذكر حرف العطف وهو الواو، فأما بدونه لا يتحقق الخلاف، لأنه لا يلحق به الشرط والاستثناء.

(٢) ذكر البيهقي في سننه وحكي الشافعي في كتاب اختلاف العراقيين، أنه عن أبي يوسف في الرجل يقول لامرأته لم يدخل بها: أنت طالق أنت طالق أنت طالق بالتطبيق الأولى ولم تقع عليها الباقيتان. هذا قول أبي حنيفة، بلغنا عن عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب وعبد الله بن مسعود وزيد بن ثابت وإبراهيم رضي الله عنهم بذلك. قلت: ولم يستد. وأخرج عن عمر وعلي بن إسماعيل الثلاث في الرجل يطلق امرأته ثلاثاً قبل أن يدخل بها قال: هي ثلاث لا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره. وروي عن سفيان عن عاصم بن مهدي عن زر عن عبد الله قال: المطلقة ثلاثاً فليس يدخل بها بمنزلة التي قد دخل بها. وروي عن ابن عمرو وابن عباس وأبي هريرة رضي الله عنهم. قلت: المقصود منه بكلمة واحدة، وأما إذا فصله فهو كما ذكر عنهم أبو يوسف كما أخرج أبو يوسف ومحمد في آثارهما عن الإمام عن حماد عن إبراهيم أنه قال: إذا قال الرجل لامرأته ولم يدخل بها: أنت طالق أنت طالق أنت طالق، بانت بالأولى وكانت الثنتان فيما لا يملك، وإذا طلقها ثلاثاً جماعة فهي عليه حرام حتى تنكح زوجاً غيره، وهذا لمط في يوسف. قال محمد: وهذا بأخذ. وهو قول أبي حنيفة. قلت: وقول عمر أخرجه سعيد بن منصور أيضاً. ذكره في كنز العمال.

وكيف يقع عليها الطلاق وهي ليست بامرأته وهي امرأة غيره؟ وبه نأخذ.
وكان ابن أبي ليلى يقول: عليها الثلاث التطليقات إذا كانت من الرجل في مجلس واحد ما وصفت لك.

وإذا شهد شاهد على رجل أنه طلق امرأته واحدة وشهد آخر أنه طلقها اثنين، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: شهادتهما باطلة لأنهما قد اختلفا. وكان ابن أبي ليلى يقول: يقع عليها من ذلك تطليقة لأنهما قد اجتمعا عليها. وهذا نأخذ ^(١).

قال: وإذا طلق الرجل امرأته ثلاثاً وقد دخل بها، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول في ذلك: لها السكنى والنفقة حتى تنقضي عدتها. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: لها

(١) قلت: وهو وقول محمد أيضاً. قال السرخسي في ج ٦ ص ١٤٨ من مبسوطه: وإذا شهد شاهد على تطليقتين وشاهد على ثلاث والزوج يجحد ذلك أو شهد شاهد بتطليقة والآخر بتطليقتين أو شاهد بتطليقة والآخر بثلاث، لم تقبل هذه الشهادة في قول أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما وابن أبي ليلى تقبل على الأقل، لأن المعتبر اتفاق الشاهدين في المعنى دون اللفظ حتى لو شهد أحدهما بالحدة والآخر بالنخلى تقبل، وقد اتفق الشاهدان على الأقل، لأن الأقل موجود في الأكثر فصار كما لو شهد أحدهما بألف والآخر بألف وخسمائة والمدعي يدعي الأكثر تقبل شهادتهما على الأقل. إلى أن قال: ثم لو ادعى ألفين وشهد شاهدان بألف تقبل الشهادة بالاتفاق. فكذا إذا شهد أحد الشاهدين بألف والآخر بألفين ينبغي أن تقبل على الأقل. وأبو حنيفة يقول: اختلف الشاهدان في المشهود به لفظاً ومعنى فلا تقبل الشهادة، كما لو قال أحدهما إنه قال لها: حلية والآخر إنه قال لها: أنت برة، وإما قلنا ذلك لأن أحدهما شهد بالواحدة والآخر بثنتين أو بثلاث، والواحدة أصل العدد لا تركب فيها والاثنتان والثلاث اسم لعدد مركب فكانت المغايرة بينهما على سبيل المصادة، ومن حيث إن اللفظ الواحد غير التثنية والجمع. والدليل عليه أنه مدعي الاثنين أو الثلاثة لا يكون مقراً بالواحد إذ لو كان مقراً بالواحد لكان مرتداً بالشرك بعد ذلك فينبغي أن تقبل، ولأن التطليقتين اسم واحد والتطليقة كذلك ويزيادة حرف بتغير الاسم كما يقال زيد وزيدان ونصر ونصير، وكذلك في آلاف والألفين، وإذا ثبت المغايرة كان على كل واحد من الأمرين شاهد واحد فلا يتمك القاضي من القضاء بشيء. بخلاف الألف مع الألف وخسمائة فإنهما اسمان أحدهما معطوف على الآخر فيجعل الاتفاق بينهما على الألف لفظاً ومعنى.

كذلك في قوله طالق وطالقي وفي قوله فلانة وفلانة وهذا بخلاف الدعوى مع الشهادة فإن الاتفاق هناك في اللفظ ليس بشرط، فإما بين الشهادتين الموافقة في اللفظ شرط. ألا ترى أنه لو ادعى المصعب أو القتل وشهد شاهدان بالإقرار به تقبل، ولو شهد أحد الشاهدين بالمصعب والآخر بالإقرار به لا تقبل؟ وهذا لأن الشهادة تعتمد اللفظ، ألا ترى أنها لا تقبل ما لم يقل: أشهد؟ والذي يطل مذهبهما ما ذكر في كتاب الرجوع: لو شاهدان بتطليقة وشاهدان بثلاث تطليقات وقرق القاضي بينهما قبل الدخول ثم رجعا كان صمان نصف الصداق على شاهدي الثلاث دون شاهدي الواحدة؟ ولو اعتبر ما قلنا أن الواحدة توجد في الثلاث لكان الصمان عليهم جميعاً.

اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى ٥١٧

السكى وليس لها النفقة^(١). وقال أبو حنيفة رحمه الله: لم وقد قال الله عز وجل في كتابه: ﴿فَأَنْفَقُوا عَلَيْهِنَ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ وبلغنا عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه جعل للمطابقة

(١) وفي المبسوط ج ٥ ص ٢٠١: فأما المتنونة فلها النفقة والسكى ما دامت في العدة عدداً. وعنى قول الشافعي لها السكى ولا نفقة لها إلا أن تكون حاملاً، وعلى قول ابن أبي ليلى لا نفقة للمتنونة في العدة. واستدلوا بحديث فاطمة بنت قيس رضي الله عنها قالت: «طلبني زوجي ثلاثاً فلم يجعل لي رسول الله ﷺ نفقة ولا سكى» إلا أن في صحة هذا الحديث كلاماً، فإنه روي أن زوج فاطمة أسامة بن زيد رضي الله عنهما كان إذا سمع منها هذا الحديث رماها بكل شيء في يده. وعن عائشة رضي الله عنها قالت: تلك المرأة فتنت العالم، أي بروايتها هذا الحديث. وقال عمر بن الخطاب رضي الله عنه: لا ندع كتاب ربنا ولا سنة سيما ﷺ يقول امرأة لا تدري أصدق أم كذبت فحطت أن نسبت؟ سمعت رسول الله ﷺ يقول: «للمطابقة الثلاث النفقة والسكى ما دامت في العدة». وتأويله إن ثبت من وجهين: أحدهما أن زوجها كان غائباً فإنه خرج إلى اليمن ووكّل أخاه بأن يفتق عليها حبز الشعر فأبّت هي ذلك، ولم يكن الروح حاصراً ليفضي عليه شيء آخر. والثاني أنها كانت بذقية اللسان على ما روي أنها كانت تؤذي أحماء زوجها حتى أخرجوها. فأمرها رسول الله ﷺ أن تعتد في بيت ابن أم مكتوم رضي الله عنه، فظنت أنه لم يجعل لها نفقة ولا سكى. ثم لا خلاف في استحقاتها السكى، فإنه منصوص عليه بقوله تعالى: ﴿لَا تَحْزَنْهُنَّ مِنْ يَتَوَتَّوْنَ...﴾ الآية، وقال تعالى: ﴿أَشْكُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنَ﴾ فعلمناؤنا قالوا: النفقة والسكى كل واحد منهما حق مالي مستحق لها بالنكاح، وهذا العدة حق من حقوق النكاح. فكما يبقى باعتبار هذا الحق ما كان لها من استحقاق السكى فكذلك النفقة، وباستحقاق السكى يتبين بقاء ملك اليد للروح عليها ما دامت في العدة، وكما يستحق استحقاق النفقة بسبب ملك اليمين يثبت بسبب ملك اليد، ألا ترى أن نفقة رقيق المكاتب عليه في كسبه لما له به من ملك اليد؟ ولا يدخل عليه نفقة المرهون، فإنه لا يكون على المرحمن مع منك اليد له، لأن ملك اليد للمرحمن في المالية دون العين فإن يده يد الاستيفاء وذلك في المالية دون العين. ثم ذكر نفقة الحامل واستواء الحامل والحائل فيها بالادلة، فمن شاء الاطلاع عليها فليرجع إليه. قلت: وما روي عن عمر أخرجه مسلم والترمذي عن طريق أبي إسحاق عن الأسود، ورواه القاضي إسماعيل والطحاوي عن جحاح بن منهال عن حماد بن سلمة عن الشعبي عن النخعي عن عمر. وفيه سمعت رسول الله يقول: «لها السكى والنفقة» ذكره الحافظ علاء الدين التركماني في الجوهر النقي، وذكره ابن حزم أيضاً وأدخل بين حماد والشعبي حماد بن أبي سليمان. وليس هذا النقط عند مسلم والترمذي.

• رواه أبو داود (٢/٢٨٧)، والسنائي (٦/١٤٤)، والدارمي (٢/٢١٨)، واسطر: السرايري النصية للشوكاني (ص/٢٩٠) وسبل السلام (٣/١٩٨).

ثلاثًا السكني والنفقة^(١).

قال: وإذا آلى الرجل من امرأته فحلف لا يقرها شهرًا أو شهرين أو ثلاثًا، لم يقع عليه بذلك إيلاء ولا طلاق، لأن يمينه كانت على أقل من أربعة أشهر، حدثنا بذلك سعيد بن أبي عروبة^(٢) عن عامر الأحول^(٣) عن عطاء بن أبي رباح عن ابن عباس رضي الله عنهما^(٤) وهو قول أبي حنيفة. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: هو مول منها إن تركها أربعة أشهر بانت بالإيلاء، والإيلاء: تطليقة بائنة^(٥).

(١) رواه أبو يوسف في كتاب الآثار عن الإمام عن حماد عن إبراهيم عن عمر أنه كان يجعل للمطلقة ثلاثًا السكني والنفقة فقالت فاطمة بنت نيس: طلقني زوجي ثلاثًا فلم يجعل لي رسول الله ﷺ سكني ولا نفقة، فقال عمر: «لا تأخذ بقول امرأة لا تدري صدقت أم كذبت وتدع كتاب الله». وأخرجه الأشناني من طريق عبيد الله بن موسى عنه. وأخرجه الحارثي من طريق حلف بن ياسين الزيات عنه عن حماد عن إبراهيم عن الأسود عن عمر موصولاً. وأخرجه الحسن بن زياد عنه عن حماد عن إبراهيم عن علقمة عن فاطمة وعمر رضي الله عنهما. وأخرجه ابن حنبل عن طريق ابن زياد عنه. قلت: وأخرجه مسلم والترمذي من طريق أبي إسحاق عن الأسود، وكذلك ابن أبي شيبة والبيهقي.

(٢) هو سعيد بن أبي عروبة مهران الشكري مولاهم، أبو النصر البصري الحافظ العلم. روى عن الحسن والنضر بن أسس حديثاً واحداً وأبي التياح ومطر الوراق، وخلق. وعنه شعبة وابن عليّة ويريد بن ربيع وعبد بن جعفر وخلق. قال ابن معين: ثقة من أثبتهم في قتادة. وقال أبو حاتم: ثقة قبل أن يخلط. وقال دحيم: احتلط سنة خمس وأربعين ومائة. وقال السائي: لم يسمع من عمرو بن دينار وزيد بن أسلم والحكم بن عتيبة. قلت: روى له الستة. مات سنة ١٥٦.

(٣) هو عامر بن عبد الواحد البصري الأحول. روى عن شهر بن حوشب ومكحول وسواهما، وعنه سعيد بن أبي عروبة وهشام الدستوائي. وثقه أو حاتم. قال ابن معين: ليس به بأس، وقال أحمد: ليس بالقوي. قلت: روى له الستة إلا أن البخاري في جزء القراءة له. وذكره ابن حبان في الثقات.

(٤) ورواه أبو يوسف في كتاب الآثار أيضاً بهذا السند، ولمعطه: «من آلى من امرأته شهرًا أو شهرين أو ثلاثًا أو ما دون الأربعة فليس عليه إيلاء» قال وذكر أبو حنيفة عنه نحو هذا، وأخرجه ابن أبي شيبة أيضاً في مصنفه من طريق عطاء عن ابن عباس بإسناد صحيح، وأخرجه البيهقي من طريق موسى بن إسماعيل ويونس بن محمد عن أبي قدامة الحارث بن عبيد عن عامر الأحول بسنده المذكور، ولم يقطعه «وكان إيلاء أهل الجاهلية السنة والستين وأكثر من ذلك فمن كان إيلاءه أقل من أربعة أشهر فليس بإيلاء».

(٥) وفي المبسوط ج ٧ ص ٢٢: وإذا حلف لا يقرها أقل من أربعة أشهر لم يكن مولياً عندنا، وقال ابن أبي ليلى: هو مول إن تركها أربعة أشهر بانت بتطليقة، وهكذا كان أبو حنيفة يقول في الاستدعاء فلما بلغه فتوى ابن عباس رضي الله عنهما: «لا إيلاء فيما دون أربعة أشهر» رجع عن قوله. وابن أبي ليلى استدلل بظاهر الآية: قال الله تعالى: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤْتُونَ مِن نِّسَابِهِمْ﴾ والإيلاء هو

وإذا حلف الرجل لا يقرب امرأته في هذا البيت أربعة أشهر فتركها أربعة أشهر فلم يقربها فيه ولا في غيره، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: ليس عليه في هذا الإيلاء، ألا ترى أن له أن يقربها في غير ذلك البيت ولا تحب عليه الكفارة؟ وإلما الإيلاء كل يوم تمنع الجماع أربعة أشهر لا يستطيع أن يقربها إلا أن يكفر بميه. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول في هذا: هو مول إن تركها أربعة أشهر بات بالإيلاء ^(١) والإيلاء تطليقة بائنة.

قال: وإذا ظاهر الرجل من امرأته فقال: أنت علي كظهر أمي يوماً أو وقت وقتاً أكثر من ذلك، فإن أبا حنيفة رحمته الله يقول: هو مظاهر منها لا يقربها في ذلك الوقت حتى يكفر الظهار، فإذا مضى ذلك الوقت سقطت عنه الكفارة وكان له أن يقربها بغير كفارة. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: هو مظاهر منها أبداً، وإن مضى ذلك الوقت فهو مظاهر لا يقربها حتى يكفر كفارة الظهار ^(٢).

قال: وإذا ارتد الزوج عن الإسلام وكفر، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: بات به امرأته إذا ارتد، لا تكون مسلمة تحت كافر. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: هي امرأته على حالها حتى يستتاب، فإن تاب فهي امرأته، وإن أبى قتل وكان لها ميراثها منه ^(٣).

اليمين، فتقييد اليمين بمدة أربعة أشهر يكون زيادة، ولكنا نقول: المولى من لا يملك قربان امرأته في المدة إلا بشيء يلزمه، وإذا عقد يمينه على شهر فهو يتمكن من قربانها بعد مضي الشهر من غير أن يلزمه شيء، فلم يكن مولىً في ترك مجامعتها مدة بغير يمين.

(١) وفي المبسوط ج ٧ ص ٢٥: وإن حلف لا يقربها في مكان كذا أو في مصر كذا أو قال في أرض العراق، لم يكن مولىً عندنا. وقال ابن أبي ليلى: هو مول لأنه قصد الإضرار والتعنت بيمينه فزعمه حكم الإيلاء. ولكنا نقول: اليمين إذا وقعت بمكان توقفت به فهو يتمكن من قربانها في غير ذلك المكان في المدة من غير أن يلزمه شيء، فلا يتحقق به منع حقها في الجماع.

(٢) وفي المبسوط ج ٦ ص ٢٣٢: وإن قال: أنت علي كظهر أمي اليوم فهو كما قال لا يقربها في ذلك اليوم حتى يكفر، فإذا مضى اليوم بطل الظهار. وقال ابن أبي ليلى رحمه الله تعالى: هو مظاهر أبداً حتى يكفر، وقاس هذا بالحرمة الثابتة بالطلاق في أنه لا يتوقت بالتوقيت، ولكنا نقول: موجب الطهار الحرمة وهو محتمل للتوقيت كالحرمة بسبب العدة، وحرمة البيع إلى الفراغ من الجمعة، وحرمة الصيد على المحرم إلى أن يحل، والحرمة بسبب اليمين، فإذا احتمل التوقيت صح توقيته ولا يبقى بعد مضي الوقت، بخلاف الطلاق فالحرمة لها باعتبار روال الملك أو لانعدام محل الخل وذلك لا يحتمل التوقيت، وعلى هذا لو قال: أنت علي كظهر أمي شهراً أو حتى يقدم فلان، فهو كما قال، ويسقط بمضي الشهر أو قدوم فلان لانتهاء الحرمة بمضي وقتها.

(٣) وفي المبسوط ج ٥ ص ٥٩: وابن أبي ليلى يقول: لا تقع الفرقة بردة أحدهما قبل الدخول ولا بعده حتى يستتاب المرتد، فإن تاب فهي امرأته، وإن مات أو قتل ورثته، وجعل هذا قياساً لسلام أحد الزوجين على ما يبين. ولكنا نقول: الردة تنافي الكناح، واعتراض سب السناني للكنكاح، موجب

اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى

قال: وإذا رجعت المرأة من أهل الإسلام إلى الشرك، كان هذا والباب الأول سواء في قولهما جميعاً، غير أن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: يعرض على المرأة الإسلام، فإن أسلمت خطى سبيلها، وإن أبت حسنت في السجن حتى تتوب ولا تقتل. بلغنا ذلك عن ابن عباس رضي الله عنهما ^(١).

للفرقه بنصفه كالحرمية، فأما اختلاف الدين عيه لا يناني النكاح، حتى يجوز ابتداء النكاح بين المسلم والكتانية، وكذلك الإسلام لا يناني النكاح، فإن النكاح نعمة وبالإسلام تصير النعم محزنة له، فلهذا لا تقع الفرقه هاهنا إلا بقضاء القاضي بعد إباء الآخر. ثم إن كان الزوج هو المرتد فله نصف المهر إن كان لم يدخل بها، ونفقة العدة إن كان دخل بها وإن كانت هي التي ارتدت فلا مهر لها إن كان قبل الدخول، وليس لها نفقة العدة بعد الدخول. والكلام في أن هذه الفرقه مطلق أو غير مطلق كما بينا.

(١) أخرجه أبو يوسف في خروجه عن الإمام عن عاصم عن زر عن ابن عباس قال: «لا تقتل النساء إذا هن ارتددن عن الإسلام ولكن يحبسن ويدعين إلى الإسلام ويجبرن عليه» وأخرجه الحسن بن زياد في مسنده عنه ومحمد في الآثار عنه وقال عن أبي زر عن ابن عباس قال: «لا يقتل النساء إذا ارتددن عن الإسلام ويجبرن عليه» وأخرجه الدارقطني، وأخرجه ابن أبي شيبة من طريق الإمام، وأخرجه عبد الرزاق عن الثوري عن عاصم، وأخرجه الدارقطني عن الثوري عن الإمام عن عاصم. وروى الدارقطني عن خلاص عن علي: المرتدة تستتاب ولا تقتل. وروى عبد الرزاق عن الثوري عن يحيى بن سعيد (أي الأنصاري) أن عمر أمر في أم ولد تنصرت أن تباع في أرض ذات مائة عليها ولا تباع في أهل دينها، وروى الطبراني عن معاذ أن النبي صلى الله عليه وسلم قال له حين بعته إلى اليمن: «أيتها امرأة ارتدت عن الإسلام فادعها فإن تابت فأقبل منها وإن أبت فاستبها» وإسناده ضعيف، وعن أبي هريرة أن امرأة ارتدت على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يقتلها، أخرجه ابن عدي في ترجمته حفص بن سليمان الأسدي وهو ضعيف عند أهل الحديث. فمن تأمل في هذه الطرق علم أن للحديث أصلاً، بل يرتقي بكثرة الطرق والشواهد إلى الحسن. وقد تابع الإمام أبو مالك النخعي وحديثه صاف عن الغار لأن رواه ثقات، وتابعه الثوري كما هو عند عبد الرزاق والدارقطني، وهو مذهب الثوري، ذكره ابن عبيد البر، وهذا دليل صحة الحديث عنه. وفي التمهيد: وروى قتادة عن خلاص عن علي مثله، وهو قول الحسن وعطاء.

• رواه ابن أبي شيبة في المصنف (٤٤٢/٦) والدارقطني في سننه (٢٠١/٣).

• رواه ابن أبي شيبة (٤٤٢/٦)، والدارقطني (٢٠١/٣)، وانظر: الدراية (١٣٧/٢)، ونصب الراية (٣/٤٥٧).

• رواه الطبراني كما في المجموع (٢٦٣/٦)، وقال: فيه سائر لم يسم، قال مكحول عن ابن أبي طلحة البصري بقية رجاله ثقات. وانظر: الدراية (١٣٦/٢)، وضمه الحافظ.

وكان ابن أبي ليلى يقول: إن لم تب قتلت. وبه نأخذ^(١). ثم رجع إلى قول أبي حنيفة رحمه الله. وكيف تقتل وقد هي رسول الله ﷺ عن قتل النساء في الحروب من أهل الشرك^(٢)؟ فهذه مثلهم.

(١) وفي المبسوط ج ١٠ ص ١٠٨: ولا تقتل المرتدة ولكنها تحبس وتجير على الإسلام عذبة. وقد الشافعي رحمه الله: تقتل إن لم تسلم. هكذا كان يقول أبو يوسف رحمه الله تعالى في الابتداع ثم رجع. وروى الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنهما أنها تخرج في كل قليل وتعد تسعة وثلاثين سوطاً، ثم تعاد إلى الحبس إلى أن تتوب أو تموت. واستدل الشافعي بقوله ﷺ: «من بدل ديه فاقتلوه» وهذه الكلمة نعم الرجال والنساء كفوله تعالى: ﴿فَمَنْ شَدَّ مَكَّةَ لَشْتَرِ فَلَيْصَتْهُ﴾ وتبين أن الموجب للقتل تبديل الدين، لأن مثل هذا في لسان صاحب الشرع نبيان العلة، وقد تحقق تبديل الدين منها.

وفي الحديث أن النبي ﷺ قتل مرتدة يقال لها أم مروان الخ وأطال حنثه قال: وحجتنا في ذلك هي النبي ﷺ عن قتل النساء، وفيه حديثان: أحدهما: ما رواه رباح بن ربيعة عنه أن النبي ﷺ رأى في بعض الغزوات قوماً يحتمون على شيء فسأل عن ذلك فقالوا: ينظرون إلى امرأة مقتولة فقال: لو أحد أدرك حالداً وقال له: لا تقتلن عسيماً ولا درية! والثاني: حديث ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ رأى امرأة مقتولة فقال: «من قتل هذه؟» قال رجل: أنا يا رسول الله، أردتها خلعي فأهوت إلى سيني لتقتلي، فقال: ما شأن قتل النساء؟ واراها ولا تُعذِّ! ولما رأى رسول الله ﷺ يوم فتح مكة امرأة مقتولة فقال: ها ما كانت هذه تقاتل! فمي هذا بيان أن استحقاق القتل بعة القتال، وأن النساء لا يقتلن لأهن لا يقاتلن. وفي هذا لا فرق بين الكفر الأصلي وبين الكفر الطارئ. وما روي من الحديث غير مجري على ظاهره، فالتبديل يتحقق من الكافر إذا أسلم، معرفنا أنه عام لحقه خصوص فحوص ونحمله على الرجال بدليل ما ذكرنا. والمرتدة التي قتلت كانت مقاتلة، فإن أم مروان كانت تقاتل وتحرس على القتال، وكانت مطاعة بهم الخ وأطال الاحتجاج. قلت: وفي حديث ابن عمر «نهى عن قتل النساء والصبيان» متفق عليه. وأما حديث رباح ابن ربيعة الذي ذكره فأخرجه أبو داود وابن حبان وأحمد والنسائي والطحاوي.

(٢) روى أبو داود من حديث أنس: [١٩٦/٧ - عون]: «لا تقتلوا شبيحاً فانياً ولا صغيراً ولا امرأة» وعند البخاري ومسلم عن ابن عمر: «نهى عن قتل النساء والصبيان». وأخرج أبو داود عن رباح بن الربيع بن صيفي: كنا مع رسول الله ﷺ في غزوة فرأى الناس يحتمون فبعث رجلاً فقال: انظر، فقال: امرأة قتيل، فقال: «ما كانت هذه لقاتل» وأخرجه ابن حبان وأحمد والنسائي وابن ماجه، وفي رواية لأبي داود في حديث المصعب بن جثامة. وقال الزهري: ثم هي بعد ذلك عن قتل النساء والصبيان. وروى الطحاوي عن ابن بريدة [٢٢١/٣] كان رسول الله ﷺ إذا بعث سرية قال لهم: «لا تقتلوا وليداً ولا امرأة» وروي عن أبي سعيد: نهى رسول الله ﷺ عن قتل النساء والولدان قال: هما لمن غلب. وروي عن ابن عمر أنه نهى عن قتل النساء والصبيان. وروي عن كعب بن مالك رفعه: نهى الدين قتلوا ابن أبي الحقيق حين خرجوا إليه عن قتل الولدان -

اختلاف أبي حنيفة وأبن أبي ليلى

قال: وإذا قال الرجل: كل امرأة أتزوجها فهي طالق، فإن أبا حنيفة عليه السلام كان يقول: هو كما قال. رأي امرأة أتزوجها فهي طالق واحدة^(١). وهذا نأخذ^(٢). وكان ابن أبي ليلى يقول: لا يقع عليه الطلاق، لأنه عزم فقال: كل امرأة أتزوجها، فإذا سمي امرأة مسماة أو مصراً بعينه أو جعل ذلك إلى أجل، ففوطها فيه سواء، ويقع به الطلاق.

قال: وإذا قال الرجل لامرأة: إن تزوجتك فأنت طالق أو قال: إذا تزوجت إلي كذا وكذا من الأجل امرأة فهي طالق، أو قال: كل امرأة أتزوجها من قرية كذا وكذا فهي طالق، أو من بني فلان فهي طالق، فهما جميعاً كانا يقولان: إذا تزوج تلك فهي طالق،

- والسواء. وروي عن حنظلة الكاتب: كنت مع رسول الله ﷺ فمر بامرأة لها خلق وقد اجتمعوا عليها، فلما جاء أفرجوا، فقال: ما كانت هذه تفعل، ثم أتبع رسول الله ﷺ حالداً أن لا تقتل امرأة ولا عسيماً. قلت: ورواه ابن حبان وأحمد والسنائي وابن ماجه أيضاً، وفيه درية، مكان امرأة *.
- (١) وفي المبسوط ج ٦ ص ٩٦: ولو قال لامرأة: كلما تزوجتك فأنت طالق ثلاثاً فهو كما قال، يقع عليها ثلاث كلما تزوجها الخ قال: وهذه المسألة تبني على أصلها أن ما يحتمل التعليق بالشرط كالطلاق والعتاق والطهار يجوز إضافته إلى الملك عم أو خص، وهو قول ابن عباس، فإنه سئل عن يقول لامرأة: إن تزوجتك فأنت طالق، فتلا عليه قوله تعالى: ﴿إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ﴾ وقال: شرع الله الطلاق بعد الكاح فلا طلاق قبله، وعلى قول ابن أبي ليلى إن خص امرأة أو قبيلة انعقدت اليمين، وإن عم فقال: كل امرأة لا تعتقد وهو قول ابن مسعود عليه السلام لما فيه من سد باب بعة النكاح على نفسه. قلت: فرض المسألة في كل ما والمرأة المعية، ولم يذكر الحجة على ابن أبي ليلى واحتج للشافعي ثم احتج عليه، وأجاب عن الإمام وأطال. وقال في ص ٩٨: وإذا قال لامرأة: إذا تزوجتك أو إذا ما تزوجتك أو إن تزوجتك أو متى تزوجتك، فهذا كله للمرة الواحدة، لأنه ليس في لفظه ما يدل على التكرار، فإن كلمة إن للشرط وإذا ومتى لوقت بخلاف ما لو قال: كلما تزوجتك، لأن كلمة (كلما) تقتضي التكرار فلا يرتفع اليمين بالترويج مرة، ولكن كلما تزوجها يصير عند الترويج كالمعجز للطلاق.
- (٢) وفي المبسوط ج ٦ ص ١٣٠: وإذا قال: كل امرأة أتزوجها أبداً فهي طالق، فتزوج امرأة فطلقت ثم تزوجها ثانية، لم تطلق، لأن كلمة كل تقتضي جميع الأسماء لا تكرار الأفعال، فإذا يتحدد وقوع الطلاق بتحدد الاسم، ولا يوجد ذلك بعقدين على امرأة واحدة، بخلاف كلمة كلما فإنها تقتضي تكرار الأفعال، وإذا فلا ذلك، لأن مقتضى كلمة (كل) الجمع فيما يتعقبها والذي يتعقب الكل الاسم دون الفعل، يقال: كل رجل وكل امرأة، ولا يستقيم أن يقال كل ضرب وكل دخل، والذي يتعقبه كلمة كلما الفعل دون الاسم، يقال كلما ضرب وكلما دخل، ولا يقال كلما زيد وكلما عمرو.

* التحقيق في أحاديث الخلاف لابن الجوزي (٣٣٧/٢)، ونصب الراية (٤٤٦/١)، (٤٠٧/٣)، (٤٥٧)، وتلخيص الحبير (٤٨/٤)، والبراهين (١٣٦/٢)، ونعمة المحتاج (٤٦٩/٢)، والبراهين المضية (ص ٤٤٤).

وإن دخل بها فإن أبا حنيفة عليه السلام كان يقول: لها مهر ونصف مهر بالدخول ونصف مهر بالطلاق الذي وقع عليها قبل الدخول. وبه نأخذ^(١). وكان ابن أبي ليلى يقول: لها نصف مهر، ويفرق بينهما في قولهما جميعاً.

قال: إذا قذف الرجل امرأته وقد وطئت وطناً حراماً قبل ذلك، فإن أبا حنيفة عليه السلام كان يقول: لا حد عليه ولا لعان. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى: عليه الحد^(٢). ولو قذفها غير زوجها لم يكن عليه حد في قول أبي حنيفة. وكان ابن أبي ليلى يقول: عليه الحد^(٣).

(١) ونظير هذه المسألة مسألتان: مسألة ذكرت في ص ١٣٢ ج ٦ من المبسوط تشابهان هذه المسألة، ولم يذكر السرخسي في كتبه التي ذكرت هنا قال: «وإن قال: أول امرأة تزوجها مهي طالق فتزوج امرأة طلفت حين تزوجها إن مات أو لم يت» لأنها بقى العقد استحققت اسم الأرية بصفة التفردية «فإن دخل بها فلها مهر ونصف مهر: نصف مهر بالطلاق الوائع قبل الدخول، ومهر بالدخول بها» لأن الحد قد سقط عنه بشبهة اختلاف العلماء، والوطء في غير المسك لا ينفك عن حد أو مهر، فإذا سقط الحد بشبهة وجب المهر. ومسألة ذكرت في ص ١٢٩ وهي ولو قال: كلما تزوجت امرأة مهي طالق فتزوجها ثلاث مرات ودخل بها في كل مرة. لم يذكر هذا (أي محمد) في الأصل. قال أبو يوسف في الأمالي: تطلق اثنتين وعليه لها مهران ونصف، وقال محمد: تطلق ثلاثاً وعليه لها أربعة مهور ونصف، ذكره في الرقيات. وجه تحريج أبي يوسف أنه لما تزوجها وقعت تطليقة قبل الدخول ولزمه نصف مهر فلما دخل بها لزمه مهر بالدخول، ثم لما تزوجها وقعت تطليقة أخرى بكلمة كلما ولكنها تكون رحمة عنده، لأنه تزوجها قبل انقضاء علقتهما، وبفس التزوج وجب مهر آخر، وذلك مهران ونصف، ثم بالدخول يصير مراجعاً والتزوج الأول وقعت تطليق ووجب نصف مهر بالطلاق ومهر بالدخول وكذلك والتزوج في المرة الثالثة لعو فعده بتطليقة وعليه لها مهران ونصف. وتحريج قول محمد أن بالتزوج الثاني والثالث، لأن عده وإن حصل التزوج في العدة لا يخرج به الطلاق من أن يكون واقعاً قبل الدخول، فتطلق ثلاثاً، وعليه أربعة مهور ونصف. ولو قال: كلما تزوجتك فانت طالق بانيء والمسألة محالاً، فعند محمد هذا والأول سواء، وعند أبي يوسف تطلق ثلاثاً بكل تزوج تطليقة بائنة وعليه خمسة مهور ونصف، لأن بالعقد الثاني والثالث في العدة كما وقع طلاق بائن وجب مهر تام، وكذلك يجب بكل دخول مهر تام، فإذا جمعت ذلك كان خمسة مهور ونصفاً.

(٢) وفي باب اللعان من المبسوط ج ٧ ص ٤١: وإذا قذف امرأته وقد زنت ولا حد عليه ولا لعان، لأنها ليست بمحصنة، وهو صادق فيما رماها به من الزنا. وكذلك إن وطئت وطناً حراماً، يرد الوطء بشبهة، وعن أبي يوسف قال: يلاعنها. وهو قول ابن أبي ليلى، لأن هذا الوطء مشتب للنسب موجب للعدة والمهر فلا يسقط به الإحصان كوطء المسكوة في حانة الخبيث، ولكنها نقول: وطء غير المملوك فيكون في معنى الزنا فيسقط به الإحصان، ولكن لا يجب به الحد للشبهة والشبهة تصلح لاسقاط الحد لا لإيجابه، فلو أوجنا على قاذفها الحد واللعان كان به إيجاب الحد بالشبهة، وهذا فارق حكم السب والعدة، لأنه ثبت مع الشبهة.

(٣) ونظير هذه المسألة في المبسوط ج ٩ ص ١١٦: باب الشهادة في القذف قال: ومن قذف الزاني

ينبغي في قول ابن أبي ليلى أن يكون مكان الحد اللعان. قال: وإذا قال الرجل لامرأته: لا حاجة لي بك، فإن أبا حنيفة عليه السلام كان يقول: ليس هذا بطلاق وإن أراد به الطلاق. وبه نأخذ^(١). [وكان ابن أبي ليلى يقول: هي تطلق ثلاثاً]^(٢) وقال أبو حنيفة عليه السلام: وكيف يكون هذا طلاقاً وهو بمنزلة: لا أشتريك ولا أريدك ولا أهواك ولا أحبك؟ فليس في شيء من هذا طلاق. قال: وإذا قذف الرجل وهو عبد امرأته وهي حرة وقد أعتق نصف العبد أحد الشريكين وهو يسعى للآخر في نصف قيمته، فإن أبا حنيفة رضي الله تعالى عنه كان يقول: هو عبد ما بقي عليه شيء من السعاية وعليه حد العبد. وكان ابن أبي ليلى يقول: هو حر وعليه اللعان. وبه نأخذ. وكذلك لو شهد شهادة أبطلها أبو حنيفة وأجازها ابن أبي ليلى. ولو قذف رجل هذا العبد الذي يسعى في نصف قيمته لم يكن عليه حد في قول أبي حنيفة عليه السلام، لأنه بمنزلة العبد، وكان على قاذفه الحد في قول ابن أبي ليلى. وبه نأخذ^(٣). ولو قطع

بألزنا فلا حد عليه عندنا سواء قذفه بذلك الزنا بعينه أو بزنا آخر أو مبهماً. وحكي عن إبراهيم وابن أبي ليلى رحمهما الله تعالى أنه إن قذفه بغير ذلك الرنا بعينه أو بالزنا مبهماً فعليه الحد، لأن الرمي موجب للحد إلا أن يكون الرامي صادقاً وإنما يكون صادقاً إذا نسبته إلى ذلك الزنا بعينه فقيماً سوى ذلك فهو كاذب ملحق بالشين به، ولكننا نقول: رمي المحصن موجب للحد بالصر، قال تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ﴾ والمحصن لا يكون زانياً، فقادف الزاني بالزنا قاذف غير محصن، وهو صادق في نسبته إلى أصل الزنا فلا يكون ملترماً للحد. (١) قلت: وهو قول عمد أيضاً، أناده في المبسوط بقوله: عندنا. واحتج السرخسي لاین أبي ليلى فقال: لأنه نفى حاجته فيها على الإطلاق وحقيقة ذلك إذا صارت محرمة عليه، وأما ما دامت محملة في حقه فله فيها حاجة طبعاً أو شرعاً، لأن النساء خلقن لحوائج الرجال إليهن فكان هذا وقوله: أنت محرمة علي سواء، ولكننا نقول: قوله لا حاجة لي بك بمنزلة قوله: لا أشتريك ولا أريدك ولا أهواك ولا أحبك، وليس في شيء من هذه الألفاظ ما يدل على الطلاق، واليه منى تجردت عن لفظ يدل عليه كان باطلاً. والأصل فيه ما روي أن امرأة عرضت نفسها على رسول الله ﷺ فلم يرغبها فقل: «لا حاجة لي إلى النساء» الحديث. ومعلوم أنه ما كان الطلاق من احتمالات لفظه ذلك.

(٢) زيادة من المبسوط، وسقطت هذه الجملة من الأصل، ولا بد منها ليعلم بها اختلافهما. (٣) وفي المبسوط ح ٧ ص ٣٠٢ باب عتق العبد بين الشركاء: أكثر مسائل هذا الباب تنسي على أصل أبي حنيفة رحمه الله، فإن العتق عنده يتجزى حتى إن من أعتق نصف عبده فهو بالخيار في أنصف الباقي إن شاء أعتقه وإن شاء استعاه في النصف الباقي في نصف قيمته، وما لم يؤد السعاية فهو كالمكاتب، وعبد أبي يوسف وعبد والشافعي يعتق كله ولا سعاية عليه لقوله عليه الصلاة

هذا العبد يد رجل متعمداً لم يكن عليه الفصااص في قول أبي حنيفة عليه السلام. وبه ماخذ. وهو بمنزلة العبد، وكان عليه الفصااص في قول ابن أبي ليلى، وهو بمنزلة الحر في كل قليل أو كثير أو حد أو شهادة أو غير ذلك، وهو في قول أبي حنيفة عليه السلام بمنزلة العبد ما دام عليه درهم من قيمته. وكذلك هو في قولهما جميعاً لو اعتق جزءاً من مائة جزء أو بقي عليه جزء من مائة جزء من كتابته إن شاء الله تعالى. وإن كان أمة بين اثنين ولها روح عد اعتقها أحد موليها وقضى عليها بالسعاية للأخر، لم يكن لها خيار في الكاح في قول أبي حنيفة حتى تصرع من السعاية وتعنى، وكان لها الخيار في قول ابن أبي ليلى يوم يقع العتق عليها. وبه نأخذ (١). ولو طلقت يومئذ كانت عدتها وطلاقها في قول أبي حنيفة عليه السلام عدة أمة وطلاق أمة، وكانت عدتها وطلاقها في قول ابن أبي ليلى عدة حرة وطلاق حرة. ولو لم يكن لها زوج وأرادت أن تتزوج لم يكن لها ذلك حتى يأذن الذي له عليها السعاية. فهي في قول أبي حنيفة بمنزلة الأمة، وفي قول ابن أبي ليلى بمنزلة الحرة.

قال: وإذا قال الرجل لامرأته: أنت طالق إن شاء فلان وفلان غائب لا يدري أحي

والسلام: «من اعتق شخصاً من عبده فهو حر كله ليس لله فيه شريك» إلى أن قال: واستدل أبو حنيفة بحديث سالم عن ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: «من اعتق شخصاً له في عبد فإن كان موسراً فعليه خلاصه، وإلا فقد عتق ما عتق ورق ما رق» وقال علي عليه السلام: يعتق الرجل من عبده ما شاء. وتأويل قوله ﷺ «فهو حر كله» سيصير حرّاً كله بإخراج الباقي إلى الحرية بالسعاية فيكون فيه يائناً أنه لا يستندم الرق فيما بقي منه، وهو مذهبنا، ولأن هذا إزالة ملك اليمين فيجزأ في أهل كالمبيع. وتأثيره أن نفوذ تصرف المالك باعتبار ملكه وهو مالك للمالية دون الرق، فالرق اسم للضعف ثابت في أهل الحرب مجازاة وعقوبة على كفرهم وهو لا يحتمل التملك كالحياة إلا أن بقاء ملكه لا يكون إلا بقاء صفة الرق في المحل، كما لا يكون حباً إلا باعتبار صفة الحياة في المحل، فذلك لا يدل على أن الحياة مملوكة له، فإذا ثبت أنه يملك المالية وملك المالية يحتمل التجزي فإنما يزول بقدر ما يزيله، ولهذا لا يعتق شيء منه باعتاق البعض عبد أبي حنيفة رحمه الله، حتى كان معتق البعض كالمكاتب إلا في حكم واحد وهو أن المكاتب إذا عجز يرد في الرق، لأن السبب هناك عقد محتمل للمصع، وهذا إذا عجز عن أسعاية لا يرد في الرق، لأن سببه إزالة ملك لا إلى أحد وهو لا يحتمل المصع إلخ وأطال وأجاد. قلت: ولم يذكر هذه المسألة بصورتها في المبسوط وإنما هي متفرقة في الأبواب: اللعان، وحيد القذف، والعتاق.

(١) وهو قول محمد أيضاً كما علم سابقاً من أصلها، وهذه المسألة إلى حتمها وهو قوله: بمنزلة الحرة من تقرعات المسألة المذكورة قبلها، والمروع في هذا الباب بنيت على أصل واحد وهو أن العتق يتحرى عند الإمام دون ابن أبي ليلى وأبي يوسف وعبد، رضي الله عنهم.

اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى

هو أو ميت أو فلان ميت قد علم بذلك، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: لا يقع عليها الطلاق. وهذا نأخذ ^(١). وكان ابن أبي ليلى يقول: يقع عليها الطلاق. قال أبو حنيفة: وكيف يقع عليها الطلاق ولم يشأ فلان؟ قال: وإذا قذف الرجل امرأته وقامت لها البينة وهو بحد، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: يلاعس. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: يلاعن ويضرب الحد ^(٢).

وإذا تزوج العبد بغير إذن مولاه فقال له مولاه: طلقها، فإن أبا حنيفة كان يقول: ليس هذا بإقرار بالنكاح إنما أمره بأن يفارقها فكيف يكون هذا إقراراً بالنكاح؟ وبه نأخذ ^(٣). وكان ابن أبي ليلى يقول: هذا إقرار بالنكاح.

(١) قلت: وهو قول محمد أيضاً. قال السرخسي في مبسوطه: ولو قال لها: أنت طالق إن شاء فلان وفلان عائب لا يدري أحي أم ميت أو فلان ميت علم بعد ذلك. لم تطلق عدنا. وقال ابن أبي ليلى: هي طالق لأنه لا يتحقق مشيئة فلان بعد موته، ويبقى أصل الإيقاع فيقع الطلاق، ولكنا نقول: التعليق بشرط لا يكون له تحقيقاً للنفي فيخرج به كلامه من أن يكون إيقاعاً. وهذا لأن التعليق بالشرط يخرج كلامه من أن يكون إيقاعاً إلى أن يوجد الشرط. وإذا كان مما لا يتحقق كونه يخرج كلامه من أن يكون إيقاعاً أصلاً.

(٢) وفي المبسوط ج ٧ ص ٤٤: وإذا أنكر الزوج القذف بمقامات المرأة به البينة عليه وجب اللعان بينهما. وعلى قول ابن أبي ليلى يلاعس ويحد. أما اللعان فلأن الثابت بالبينة كالثابت بإقرار الخصم. ثم قال ابن أبي ليلى: إنكاره بمزلة إكذابه نفسه فيقام عليه الحد. ولكنا نقول: إنكاره نفي القذف وإكذابه نفسه تقرير القذف فكيف يستقيم إقامة إنكاره مقام إكذابه نفسه؟ لهذا لا يحد.

(٣) وفي الهداية: «وإذا تزوج العبد بغير إذن مولاه فقال المولى: طلقها أو فارقها فليس هذا بإجازة لأنه يحتمل الرد، لأن رد هذا العبد ومشاركته يسمى طلاقاً ومقارفة، وهو أليق بحال العبد المتمرد أو هو أدنى، فكان الحمل عليه أولى. وقال في العناية: ألا ترى أنه لو قال في النكاح الفاسد: طلقتك كان متاركة؟ وإذا احتمل الأمرين رجحنا جهة المتاركة، لأنه أليق بحال العبد المتمرد، وقوله: أو هو أي الرد أدنى، لأنه دفع والطلاق رفع والدفع أسهل من الرفع» فكان الحمل عليه الأولى. فإن قيل: قوله طلقها حقيقة في إشباع الطلاق المعروف بمجاز في المتاركة، والعمل بالحقيقة ممكن فكيف صير إلى المجاز؟ أجيب بأن الحقيقة قد تترك بدلالة الحال وهذا كذلك، وهي الامتناع على رأي المولى «وإن قال: طلقها تطليقة رجعية أو تطليقة شلوك الرجعة فهذا إجازة، لأن الطلاق الرجعي لا يكون إلا في نكاح صحيح فنتعين الإجازة. وفي المبسوط: وكذلك إذا تزوج العبد بغير إذن مولاه فقال مولاه: طلقها فهذا لا يكون إجازة للنكاح عندنا، وعند ابن أبي ليلى هو إجازة، لأنه أمره بإيقاع الطلاق، والطلاق لا يقع إلا بعد صحة النكاح. ولكنا نقول: قوله طلقها بمزلة قوله: فارقها أو دعها أو تركها أو خل سبيلها، وشيء من هذا لا يكون إجازة للنكاح. يوصحه أن الطلاق مشتق من الإطلاق وهو الإرسال، وفي إجازة الكاح إثبات القيد، فالأمر بالإرسال لا يكون إثباتاً للقيد منه.

اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى

٥٢٧

قال: وإذا طلق الرجل امرأته تطليقة بائنة فأراد أن يتزوج في عدتها خامسة. فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: لا أحير ذلك وأكرهه^(١) له، وكان ابن أبي ليلى يقول: هو جائز، وبه يأخذ.

قال: وإذا طلق الرجل امرأته ثلاثاً وهو مريض، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: إن مات بعد انقضاء العدة فلا ميراث لها منه وبه تأخذ^(٢)، وكان ابن أبي ليلى يقول: لها

(١) وفي المسوط ج ٤ ص ١٠٨ : رجل له أربع نسوة فطلق واحدة صبي بعد ما دخل بها . ثلاثاً . نواحدة بائنة أو خلعها ، لم يجز له أن يتزوج أخرى مادامت في العدة ، لأن حرمة ما أراد على أربع كحرمة الأخريات ، فكما أن هناك العدة تعمل على حقيقة الكاح في المنع فكذلك هنا . وقال في ص ٢٠٢ : ولا يتزوج المرأة في عدة أختها منه من بكاح فاسد أو جائز عن طلاق بائن أو غير بائن . وعلى قول الشافعي رحمه الله تعالى إن كانت تعتد منه من طلاق رجعي فليس له أن يتزوج أختها . وإن كان من ثلاث أو خلع فله أن يتزوج أختها في عدتها . وقد روي مثل مذهبه عن زيد ريد عن هذ القول ، وذكر الطحاوي رحمه الله قول زيد الآخر أنه ليس له أن يهرق بينهما ، وخالفهم زيد ثم رجع إلى قولهم .

وقال عبيدة السلماني: ما اجتمع أصحاب رسول الله ﷺ على شيء كاجتماعهم على تحريم كاح الأخت في عدة الأخت، والحفاظة على الأربع قبل الطهر، وذكر سليمان بن يسار عن علي وابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهم المنع من نكاح أخت المعتدة من طلاق بائن أو ثلاث، وكان الحسن المصري رحمه الله يقول: إن كانت حاملاً فليس له أن يتزوج أختها، وإن كانت حائلاً فله أن يتزوجها، ثم ذكر حجة الشافعي ثم حجة الإمام وصاحبه، وفصل وأطال.

(٢) وفي المسوط ج ٤ ص ١٥٤ : وإذا طلق المريض امرأته ثلاثاً أو واحدة بائنة ثم مات وهي في العدة، فلا ميراث لها منه في القياس، وهو أحد أقاويل الشافعي رحمه الله تعالى، وفي الاستحسان ثرت منه، وهو قولنا.

وقال ابن أبي ليلى: وإن مات بعد انقضاء عدتها ثرت منه ما لم يتزوج بزواج آخر، وهو قول الشافعي، وقال مالك رحمه الله تعالى: وإن مات بعد ما تزوجت بزواج آخر فلها الميراث منه. وجه القياس أن سبب الإرث انتهاء النكاح بالموت ولم يوجد لارتفاعه بالتطبيقات، وأحكم لا يثبت بدون السبب، كما لو كان طلقها قبل الدعول، ولأن الميراث يستحق بائناً تارة وبالزوجية أخرى. ولو انقطع النسب لا يبقى استحقاق الميراث به سواء كان في صحته أو في مرضه، فكذلك إذا انقطعت الزوجية، ولكننا استحسنا لاتفاق الصحابة رضي الله عنهم، فقد روى إبراهيم قال: جاء عروة الباري إلى شريح من عند عمر رضي الله تعالى عنه بحمض خصال، منهن: إذا طلق المريض امرأته ثلاثاً ورثته إذا مات وهي في العدة.

وعن الشعبي أن أم البنين بنت عيينة بن حصن الفراري كانت تحت عثمان بن عفان رضي الله عنه فعازله بعد ما حوضر فجعالت إلى علي رضي الله عنه بعد ما قتل وأخبرته بذلك، فقال: تركها حتى إذا أشرف على الموت فارقها وورثها منه. وأن عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه طلق امرأته فناصر آخر التطليقات الثلاث في مرضه فورثها عثمان رضي الله عنه وقال: ما اتهمته ولكني أردت السبب، وعن عائشة رضي

الميراث ما لم تتزوج.

قال: وإذا طلق الرجل امرأته في صحته ثلاثاً فجحده ذلك وادعته عليه المرأة ثم مات الرجل بعد أن استحلقه القاضي، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: لا ميراث لها، وبه نأخذ^(١)، وكان ابن أبي ليلى يقول: لها الميراث إلا أن تقرر بعد موته أنه كان موته أنه كان طلقها ثلاثاً.

قال: وإذا حلا الرجل بامرأته وهي حائض أو وهي مريضة ثم طلقها قبل أن يدخل بها، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: لها نصف المهر^(٢) وبه نأخذ . وكان ابن أبي ليلى يقول: لها المهر كاملاً.

الله عنها أن امرأة المار توث ما دامت في العدة.

وعن أبي بن كعب رحمته الله أنها توث ما لم تتزوج . وقال ابن سيرين : كانوا يقولون: من فر من كتاب الله تعالى رد إليه ، يمي هذا الحكم ، والقباس يترك بإجماع الصحابة رحمهم الله . إلخ والتفصيل فيه فمن شاء زيادة الإطلاع فليرجع إلى المبسوط.

(١) وإذا طلق الرجل امرأته ثلاثاً في صحته فجحده ذلك الروح وادعته المرأة ثم مات الرجل بعد أن استحلقه القاضي على ذلك فلا ميراث لها مه عدنا ، لوجود الإقرار منها بارتفاع النكاح في حالة الصحة، ولأنها تعلم أن سب الأثر غير متحقق وهو انتهاء الكاح بالوفاة، وعلى قول ابن أبي ليلى : لها الميراث منه إلا أن يقر بعد موته أنه قد كان طلقها ثلاثاً ، لأن الروح لما حلف وقضى القاضي بتمام النكاح بينهما كان ذلك تكذيباً منه لها في ذلك الإقرار ، والمقر متني صار مكذباً شرعاً في إقراره بطل حكم ذلك الإقرار، ولهذا كان لها الميراث إلا أن يقر بعد موته إقراراً مستقبلاً أنه كان طلقها ثلاثاً ، ولكنا نقول: القاضي بعد يمين الروح لا يقضي بالنكاح ولا يطل الطلاق الواقع ولكن يسعها من المازعة والخصومة من غير حجة ويبقى ما كان على ما كان فلا يتضمن ذلك الحكم تكذيباً في الدعوى ، ألا ترى أن البينة بعد اليمين لا تكون مقبولة ؟ وإذا تقرر هذا المعنى كان الإقرار السابق منها والموجود بعد موت الزوج في الحكم سواء .

(٢) وفي الهداية : وإن كان أحدهما مريضاً أو صائماً في رمضان أو محرماً بحج فرض أن يهل أو بعمره أو كانت حائضاً فليست الخلوة صحيحة حتى لو طلقها كان لها نصف المهر، لأن هذا الأشياء موانع. أما المرض فالمراد منه ما يمنع الجماع أو يلحقه به ضرر. وقبل مرضه لا يعرى عن تكسر وفطور، وهذا التفصيل في مرضها وأما صوم رمضان لما يلزمه من القضاء والكمارة. والإحرام لما يلزمه من الدم ومساد السك والقضاء. والحجص مانع طبعاً وشرعاً. قلت: المراد من المانع الشرعي النهي الذي ورد بقول تعالى: ﴿ وَتَسْقُلُونَكَ عَنِ الْمَجْيِضِ قُلْ هُوَ أَذَى فَأَعْرِضُوا ﴾ [البقرة: ٢٢٢] وأما المانع الطبيعي فهو الدم، لأن طبيعة الإنسان تكرهه وتغافه وفيه تلوث بعض الأعضاء بالدم. وأما المرض المعارض لأحدهما فمانع حسي.

وإذا قال الرجل لامرأته: إن ضمنت إليك امرأة فأنت طالق واحدة مطلقها بابت منه واقصت العدة ثم تزوج امرأة أخرى ثم تزوج تلك المرأة التي حلف عليها، فإن أبا حنيفة كان يقول: لا يقع عليها الطلاق من قبل أنه لم يضمها إليها. وبه يأخذ^(١) وكان ابن أبي ليلى يقول: يقع عليها الطلاق.

قال: وإذا قال الرجل: إن تزوجت فلانة فهي طالق فتزوجها على مهر مسمى ودخل بها، فإن أبا حنيفة كان يقول: هي طالق واحدة بابتة وعليها العدة ولها مهر ونصف: نصف من ذلك بالطلاق، ومهر بالدخول. وبه يأخذ^(٢). وكان ابن أبي ليلى يقول: لها نصف مهر بالطلاق وليس لها بالدخول شيء. ومن حجه في ذلك أن رجلا ألى من امرأته فقدم بعد أربعة أشهر فدخل بامرأته، ثم أتى^(٣) ابن مسعود رحمه فأمره أن يحط بها فحطها وأصدقها صداقها مستقبلا، ولم يلغنا أنه جعل في ذلك الوطاء صداقا. ومن حجة أبي

(١) وفي المبسوط: وإذا قال الزوج لامرأته: إن ضمنت إليك أخرى فأنت طالق واحدة مطلقها واحدة واقصت عدتها ثم تزوج امرأة أخرى ثم تزوج امرأته هذه التي حلف عليها، فإنها لا تطلق عدنا. وقال ابن أبي ليلى: تطلق، لأن عدته اليمين انعقد صحيحا في الملك، والشرط واحد في الملك أيضا، لأن الشرط ضم امرأة أخرى إليها، وهذا الضم إنما يتحقق إذا اجتمعنا في نكاحه وذلك بعد ما تزوج بها، ولكننا نقول قوله إن ضمنت إليك امرأة أخرى بمسألة إن تزوجت عليك وهذا لأن ضم غيرها إليها إنما يتحقق إذا تزوج الأخرى وهي في نكاحه فأما إذا تزوج الأخرى بعد انقضاء عدتها ثم تزوجها فإنما ضمها هي إلى الأخرى ألا ترى أن الشرع حرم ضم الأمة إلى الحرة في النكاح ولو تزوج أمة ثم تزوج حرة بقي نكاح الأمة صحيحا بخلاف ما إذا تزوج حرة ثم تزوج عليها أمة.

(٢) قلت: وقد مر مثل هذه المسألة قبل ذلك في هذا الباب، وليس بينهما عرق إلا أنه ذكرهنا: هي طالق واحدة بابتة، ولم يذكر هناك: بابتة، وراود هنا احتجاجهما لها. وقد ذكرت شرح المسألة وحلها عن المبسوط وفيه كفاية فلا نعيده مرة ثانية.

(٣) روى أبو يوسف فتوى ابن مسعود في كتاب الآثار عن الإمام عن حماد عن إبراهيم أن عبد الله بن أنس ألى من امرأته فغاب ثم قدم بعد خمسة أشهر فوقع عليها خرج إلى أصحابه ورأسه يقطر فقالوا: أصبت من فلانة؟ قال: نعم، قالوا: ألم تكن آليت منها؟ قال: بلى. قالوا: نراها قد بانت منك؟ فانطلقوا إلى علقمة فلم يجدوا عنده فيها شيئا. وانطلق بهم علقمة إلى عبد الله رحمه فذكروا له أمره وأمرها فقال: أحبرها أنها قد بانت منك وأخطبها، ففعل وأصدقها مائة فصة. وأخرجه الحسن بن زياد ومحمد بن آثارهما. قال محمد: وبه يأخذ. ونرى عليه صداقا لووقع عليها قبل النكاح الثاني، وهو قول أبي حنيفة وإبراهيم الحمصي وحماد بن أبي سليمان، وأخرجه ابن حنبل وأبو حنيفة عن طريق ابن زياد عنه، قلت: ورواه ابن أبي شيبة عن سفيان بن عينة عن منصور عن إبراهيم عن علقمة قال: ألى ابن أنس من امرأته فلبث ستة أشهر فبينا هو جالس في المجلس إذ ذكر فأتى ابن مسعود فقال: أعلمها أنها قد ملكت أمرها إلى آخره، ذكره في الجوهر النقي.

حنيفة رحمه الله أنه قال: وقد وقع الطلاق قبل الجماع فوجب لها نصف المهر، وحامعها بشبهة فعليه المهر^(١)؛ ولو لم أجعل عليه المهر جعلت عليه الحد، وقال أبو حنيفة: كل جماع يدرأ به الحد ففيه صداق^(٢) لابد من الصداق، إذا درأت الحد وجب الصداق وإذا لم أجعل الصداق، فلا بد من الحد. قال أبو يوسف: حدثني محمد بن حماد عن إبراهيم أنه قال فيه: لها مهر ونصف مهر، مثل قول أبي حنيفة. وإذا قال الرجل لامرأته: إن دخلت الدار فأنت طالق إن شاء الله فدخلت الدار، فإن أيا حنيفة وابن أبي ليلى رضي الله عنهما قالا: لا يقع الطلاق^(٣). ولو قال: أنت طالق إن شاء الله ولم يقل: إن دخلت الدار، فإن أبا حنيفة رحمه الله قال: لا يقع الطلاق. وقال: هذا والأول سواء. وبه نأخذ.

حدثنا أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم أنه قال في ذلك: لا يقع الطلاق ولا العتاق^(٤) وأجبرسا عند الملك بن أبي سليمان^(٥) عن عطاء بن أبي رباح أنه قال: لا

(١) أخرجه الطحاوي بسند صحيح عن ابن المسيب أن رجلا تزوج امرأة في عتبتها فرفع إلى عمر رحمه الله فصرهما دون الحد وجعل لها الصداق. وقال البيهقي: قال مسروق: رجع عمر بن الخطاب رحمه الله عن قوله في الصداق وجعله لها بما استحل من فرجها. وفي البحر الرائق ج ٣ ص ١٦٩: وإنما وجب المهر في الفاسد بالوطء عملا بحديث النس: «أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها مكأحها باطل» ثلاث مرات. فإن دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها فصار أصلا للمهر في كل نكاح فاسد بعد حملها على الصغيرة والأمة كما قدمناه.

(٢) روى أبو يوسف في آثاره [ص ١٣٨] عنه عن حماد عن إبراهيم أنه قال: كل جماع يدرأ به الحد ففيه الصداق. وروى محمد عنه في الآثار عن حماد عن إبراهيم قال: إذا دخلت المرأتان كل واحدة على أخي زوجها فوطئت كل واحدة منها، فإنه ترد كل واحدة منهما إلى زوجها ولها الصداق بما استحل من فرجها ولا يقرها زوجها حتى تنقضي عتبتها. وروى البيهقي نحو عن علي رحمه الله.

(٣) قال السرخسي في المسبوط محتجا لهما: لقوله عليه الصلاة والسلام: «من حلف بطلاق أو عتاق واستثنى فلا حنث عليه» * ولأن الاستثناء الموصول يخرج الكلام من أن يكون عريضة. قال الله تعالى ﴿سَتَجِدُنِي إِنْ شَاءَ اللَّهُ صَابِرًا﴾ [الكهف: ٦٩]. ولم يصبر ولم يعاتب على ذلك. والنوع من الأبياء كالعهد من غيرهم، وقد قرنا هذا في الإيمان.

(٤) ورواه في كتاب الآثار أيضا [ص ١٣٨] عنه عن حماد عن إبراهيم أنه قال: إذا قال الرجل لامرأته أنت طالق إن شاء الله، فليس بشيء ولا يقع الطلاق. وأخرجه محمد أيضا في آثاره [ص ١٣٧]، ولعمدة: أنت طالق ثلاثا إن شاء الله. قال محمد: وبه نأخذ وهو قول أبي حنيفة.

(٥) هو عبد الملك بن ميسرة أبي سليمان العرزمي القزاري أبو محمد الكوفي أحد الأئمة. روى عن أنس وسعيد بن جبير، وعنه شعبة والسفيان وخلق. وثقه ابن معين والسنائي، قال الترمذي: وهو ثقة مأمون عند أهل الحديث لا نعلم أحدا تكلم فيه غير شعبة من أجل هذا الحديث. *

يقع الطلاق^(١) [وقال ابن أبي ليلى: يقع الطلاق هنا، وكذلك العتاق]^(٢).

قال: وإذا طلق الرجل امرأته واحدة فأنقضت عدها فتزوجت زوجها ودخل بها ثم طلقها ثم تزوجها الأول، فإن أبا حنيفة رحمه الله قال: هي على الطلاق كله. ومنه يأخذ^(٣).

روى له الخمسة والمحاري تعليقاً مات سنة ١٤٥ هـ.

(١) وأحرجه في آثاره أيضاً بهذا السند [ص ١٣٦]. وروى عن غالب بن عبد الله عن عطاء أنه قال: إذا قال أنت طالق إن شاء الله، فلا يقع الطلاق وليس بشيء وأخرج القاضي أبو بكر محمد بن عبد الباقي عن محمد بن الإمام عن حماد عن إبراهيم عن ابن سمرود إذا قال الرجل لامرأته أنت طالق بمشيئة الله أو بإرادة الله، المشيئة خاصة لله تعالى لا يقع به الطلاق، والإرادة يقع به الطلاق. وروى البيهقي [٣٦٠/٧، ٤٦/١٠] عن ابن عمر مرفوعاً: «إذا حلف الرجل فقال إن شاء الله فقد استثنى». وأخرج أصحاب السنن عن ابن عمر رفعه «من حلف على يمين فقال إن شاء الله فلا حنث عليه» قال الترمذي: حديث حسن. وقد روي موقوفاً. وروى الأربعة إلا أبا داود عن أبي هريرة مثله. ورجاله ثقات.

(٢) قلت: سقط هذا اللفظ من الأصل وزدته من مسوط السرخسي. قال السرخسي: وهذا لأن الاستثناء إما يعمل عده في اليمين بالطلاق وبالعتاق.

وقوله: أنت طالق أو أنت حرة، ليس بيمين ثم قوله: إن شاء الله في مثل هذا إما يراد به التحقيق ولا يراد التعليق لا من قوله: أنت طالق أو أنت حرة وصف فيلق به معنى التحقيق ولا يلحق به معنى التعليق، ولكننا نقول: قوله إن شاء الله تأثيره في إخراج الكلام من أن يكون عريضة، والايقاع في هذا والتعليق سواء. والأصل فيه قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقُولَنَّ لشيءٍ إني فاعلٌ ذَلِكُمْ

عَدَا بَ.

(٣) وفي المسوط ج ٦ ص ٩٥: وإن طلق امرأته واحدة أو اثنين ثم تزوجها بعد روح قد دخل بها فهي عده على ثلاث تطليقات مستقبلات في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى، وهو قول ابن عباس وابن عمرو وأصحاب عبد الله بن مسعود رحمهم الله، وعبد محمد وزفر والشافعي رحمهم الله تعالى هي عده ما بقي من طلاقها، وهو قول عمر وعلي وأبي بن كعب وعمران بن الحصين وأبي هريرة رضي الله عنهم، فأخذ الشبان من الفقهاء بقول المشائخ من الصحابة رضوان الله عليهم، والمشائخ من الفقهاء بقول الشبان من الصحابة رضوان الله عليهم. وحنة محمد في ذلك أن الزوج الثاني غاية للحرمة الحاصلة بالثلاث، قال الله تعالى: ﴿حَتَّى نَكُحَ رُزْجًا غَيْرَهُ﴾ وكلمة حتى لغاية حقيقة، وبالتطليقة والتطليقتين لم يثبت شيء من تلك الحرمة، لأنها متعلقة بوقوع الثلاث، وبعض أركان العلة لا يثبت شيء من الحكم ولا يكون الزوج الثاني غاية، لأن غاية الحرمة قبل وجودها لا يتحقق، كما لو قال:

إذا جاء رأس الشهر فوالله لا أكلم فلاناً حتى أستشير فلاناً ثم استشاره قبل مجيء رأس الشهر لا يعتبر هذا، لأن الاستشارة غاية للحرمة الثابتة باليمين فلا تعتبر قبل اليمين، وإذا لم تعتبر كان =

وقال ابن أبي ليلى : هي على ما بقي.

باب الحدود

قال أبو يوسف رحمته : وإذا أقيم الحد على البكر وحلد مائة جلدة، فإن أبا حنيفة رحمته كان يقول: لا أنفيه من قبل أنه بلغنا عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه سبى عن ذلك وقال: كفى بالنفي فتنة^(١).

وجودها كعدمها. ولو تزوجها قبل الزوج أو قبل إصابتها الزوج الثاني كانت عده بما بقي من التطليقات، فكذلك هنا، وأبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله تعالى قالوا: إصابتها الزوج الثاني سكاح صحيح يلحق المظنة بالأحسية في الحكم المختص بالطلاق، كما بعد التطليقات الثلاث. وبيان هذا أن بالتطليقات الثلاث تصير محرمة ومطلقة ثم بإصابتها الزوج الثاني يرتفع الوصفان جميعاً وتلتحق بالأحسية التي لم يتزوجها قط فبالتطليقة الواحدة تصير موصوفة بأنها مطلقة فيرتفع ذلك بإصابتها الزوج الثاني.

ثم الدليل على أن الزوج الثاني رافع للحرمة لا منه أن المنهي يكون متقراً في نفسه ولا حرمة بعد إصابتها الزوج الثاني، فدل أنه رافع للحرمة ولأن موجب للحل فإنه صاحب الشرع ساء محلاً فقال ﷺ «لن الله المحلل والمحلل له» وإما كان محلاً لكونه موجباً للحل ومن ضرورة أنه يكون رافعاً للحرمة. وهذا تبين أن جعله غاية مجاز، وهو نظير قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيَ الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْرَبُوا الصَّلَاةَ وَأَنْتُمْ سُكَارَى حَتَّى تَعْلَمُوا مَا تَقُولُونَ وَلَا حُنَّ إِلَّا عَابِرِي سَبِيلٍ حَتَّى تَغْتَسِلُوا﴾ [النساء: ٤٣] والاعتسال موجب للطهارة رافع للحدث لا أن يكون غاية للحياة. والدليل عليه أن أحكام الطلاق تست متأبدة لا إلى غاية ولكن ترتفع بوجود ما يرفعها، كحكم زوال الملك لا يثبت موثلاً، ولكن يرتفع بوجود ما يرفعه وهو النكاح.

وإذا تست أن الزوج الثاني موجب للحل وإنما يوجب حلاً لا يرتفع إلا بثلاث تطليقات، وذلك غير موجود بعد التطليقة والتطليقتين فثبت به. ولما كان رافعاً للحرمة إذا اعترض بعد ثبوت الحرمة فلا يرفعها وهو بعرض الثبوت أولى، ولأن يمنع بثبوتها إذا اقترنت بأركانها أولى إلخ. فتست: وحديث ابن عباس وابن عمر رواه محمد عن الإمام عن حماد عن سعيد بن جبير عن عبد الله بن عتبة عنهما في كتاب الآثار. ثم قال: وهذا كله كان يأخذ أبو حنيفة. وأما قولنا: مهى عني ما بقي من طلاقها، إذا بقي منه شيء، وهو قول عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب ومعدس حل وأبي بن كعب وعمران بن حصين وأبي هريرة رضي الله عنه وأخرجهم ابن خضرو من طريق ابن زياد عنه.

(١) رواه محمد في الآثار وعبد الرزاق في مصنفه [٣١٤/٧، ٢٣٠/٩] عن الإمام عن حماد عن إبراهيم عن علي رضي الله عنه، وروى عبد الرزاق عن معمر عن الزهري عن ابن المسيب قال: عارب عمر ربيعة بن أمية بن خلف في الشراب إلى حبر فلحق بهرقل فتصر، فقال عمر: لا أعرب بعده مسلماً، ذكره القاري في شرح مختصر الوقاية.

(١) وفي المبسوط ج ٩ ص ٤٣: ولا يجمع بين الخلد والرجم ولا بين الخلد والنهي أما في حق الخلد فلا يجمع بين الخلد والنهي عددا إلى أن قال وحضا فيه قوله تعالى ﴿ فَتَحْلِدُوا كُلُّ وَاحِدٍ مِّنْهُم مِّائَةَ حَلَّةٍ ﴾ فقد جعل الخلد جميع حد الرنا، فلو أوجسا معه التعريب كان الخلد حصص الحد فيكون زيادة على النص، وذلك يعدل النسخ. وروي أن عدجا سفيما وحد عني بضامة من إماء الحبي يفرجها، فأتى به رسول الله ﷺ فقال: «أجزيوه مائة» فقالوا: إن بدنه لا يتحمل الصرب فقال ﷺ: «خذوا عنكالا عليه مائة شراخ فاضربوه بها» ولم يأمر بالتعريب ولو كان ذلك حدا لتكلف له كما تكلف للحد، لأن عمر رضي الله عنه حلد أبا بكر رضي الله عنه في داره على الرنا وأمر امرأته أن تكتم، فلو كان التعريب متما للحد لما أمرها بالكتمان، لأن ذلك لا يتصور. ولما نهي شارب الحمر ارتد ولحق بالروم فقال: والله لا أنفي أحدا بعد هذا أبدا. فلو كان مشروعا حدا لما حلف أن لا يقبضه. قال علي رضي الله عنه: «كفى بالنهي فتنة» والحد مشروع لتسكين الفتنة فما يكون فتنة لا يكون حدا. وعن إبراهيم أن عليا وابن مسعود رضي الله عنهما اختلفا في أم ولد زنت بعد موت مولاهما، قال علي رضي الله عنه تحلد ولا تنمي وقال ابن مسعود رضي الله عنه تنمي وأحدا نقول عني ﷺ لأنه أقرب إلى دفع الفتنة والفساد.

ومعنى هذا ما ذكره في الكتاب قال: أرايت شابة زنت أكت أنفيها؟ أي في نفيها تعريض لها لمثل ما ابتليت به، فإنها عند أبيها تكون محفوظة، ففي دار العربية تكون خليعة العذار، والنساء لحم على وضئ إلا ما دب عنهن. ولما نفى المرأة محفوظة بالحفاظ والاستحياء، وذلك يتعدم بالتعريب فيكون تعريضا لها للإقدام على هذه الفاحشة برفع المانع. وهذا أولى مما قاله الخصم، لأن ما يشأ عن الصحة والمؤاسة يكون مكتوما، وما يشأ عن المواجهة يكون ظاهرا، وإن في هذا قطعاً لسبب ما يشأ عن المخادعة وهو مكتوم، ففيه تعريض للرنا بطريق الوقاحة وهو أفحش.

ثم قال: أرايت أمة ربت أكت أنفيها فأحول بينها وبين مولاهما وبين خدمتها، وحق المولى في الخدمة مرعي وهو مقدم على الشرع؟ وإذا ثبت أن الأمة لا تنفي، فكذلك الحرة، لأن الله قال: ﴿ فَعَلَّيْنِ نَصِيفٌ مَّا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ مِنَ الْعَذَابِ ﴾ وإذا ثبت أن نصف الحد حصود جلدة ثبت أن الكمال له مائة جلدة ثم لا يجوز أن تنفي الحرة مع المحرم، لأن المحرم لم يزن فكيف بقاء عليه الحد؟ وبدون المحرم هي ممنوعة عن المسافرة شرعا، فلا يجوز إقامة الحد بطريق فيه إبطال ما هو مستحق شرعا.

وأما المهاجرة لا تقصد السر بغير عزم وإنما تقصد التخلص من المشركين، حتى لو وصلت إلى جيش لم تنفع في دار الإسلام وأمت لم يكن لها أن تسافر بغير عزم بعد ذلك.

فأما الحديث فقد بينا أن الجمع بين الجلد والتعريب كان في الابتداء ثم انسخ رسول الله ﷺ والمراد بالتعريب الحبس على سبيل التعزير. إلى أن قال: وإن ثبت النفي على أحد مدلك بطريق المصلحة لا بطريق الحد، كما نفى رسول الله ﷺ هيت المحث من المدينة، ونفى عمر رضي الله عنهما نصر بن حجاج من المدينة حين سمع قائلة تقول:

هل من سبيل إلى حرم فأشربها أو هل سبيل إلى نصر بن حجاج

اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى

وكان ابن أبي ليلى يقول: ينفى سنة إلى بلد غير بلد الذي فخر به . وروى ذلك عن رسول الله ﷺ وعن أبي بكر وعلي رضي الله عنهما^(١).

قال: وإذا زنى المشركمان وهما ثيبان . فإن أبا حنيفة رضي الله عنه قال: ليس على واحد منهما الرجم . وكان ابن أبي ليلى يقول: عليهما الرجم . وروى ذلك عن سافع عن ابن عمر رضي الله عنهما عن رسول الله ﷺ «أنه رجم يهوديا ويهودية»^(٢).

نفاه ، والجمال لا يوجب النفي ، ولكن فعل ذلك للمصلحة ، فإنه قال: وما دني يا أمير المؤمنين؟ قال: لا ذنب لك وإنما الذنب لي حيث لا أظهر دار الهجرة منك . وقول ابن أبي ليلى في النفي كقول الشافعي إلا أنه يقول: ينفى إلى بلد غير البلد الذي فخر فيه ، ولكن دون مسيرة سفر ، وعند الشافعي لا يكون النفي دون مسيرة سفر . وقال الحافظ علاء الدين التركماني:

قلت: ما ورد في هذا الباب من النفي عمول على أنه كان تأديبا لرفع الفساد لا حدا ، كما ينمي الإمام أهل الدعاة وكفيعه عليه السلام.

وقد ذكر البيهقي في باب من قتل عبده أنه عليه السلام نفى الذي قتل عبده سنة . وروى عبد الرزاق [٣١٢/٧] عن معمر عن الزهري عن ابن المسيب أن عمر غرب ربيعة بن أمية في الحمر إلى حير فلقح مهرق . فلما بلغ ذلك عمر قال: والله لا أغرب بعدها أبدا .

وروى أيضا عن أبي حنيفة عن حماد عن إبراهيم قال: قال عبد الله في البكر يزني بالبكر: يجلدان مائة وينفيان سنة . وقال علي: حسبهما من الفتنة أن يتفيا . ولما لم يكن في حد القذف والحمر تغريب دل على أنه تأديب له لدعارته.

(١) روى الترمذي [٤٤/٤] عن عبيد الله بن عمر عن سافع عن ابن عمر أن النبي ﷺ ضرب وعرب ، وأن أبا بكر ضرب وعرب ، وأن عمر ضرب وعرب ، وحديث النفي رواه أبو هريرة وعادة بن الصامت رواه البخاري وغيره من أصحاب الصحاح والسنن . وأخرج البيهقي من طريق هشيم عن الشيباني عن الشعبي أن عليا رضي الله عنه جلد ونفى من البصرة إلى الكوفة ، أو قال من الكوفة إلى البصرة . وروى البيهقي عن أبي بكر وعمر أيضا ، وروى البخاري أن عمر كان ينفي من المدينة إلى البصرة أو إلى خيبر .

(٢) ودواه البخاري أيضا من طريق مالك عن سافع ، ومن طريق عبد الله بن دينار عن ابن عمر . وأخرج مسلم وأبو داود والترمذي وابن ماجه كلهم عن مالك عن سافع عن ابن عمر ، ومسلم أيضا من طريق عبيد الله بن عمر عن سافع عن ابن عمر .

(١) وفي المسوط ج ٩ ص ٣٩: فأما الإسلام شرط في قول علمائنا ، وعن أبي يوسف أنه ليس بشرط ، وهو قول الشافعي، الحديث ابن عمر أن رسول الله ﷺ رجم يهوديين زنيا، ورد في بعض الروايات؛ وقد أحصا. والمعنى فيه أن هذه عقوبة يعتقده الكافر حرمة سبها بقاء عليه ، كما يقام على المسلم كالجلد والقطع والقتل في القصاص، بخلاف حد الشرب فإنه لا يعتقده حرمة سبها. إلى أن قال: وحجتنا قوله عليه الصلاة والسلام: «من أشرك بالله ليس بمحصن» قلت : أخرجه إسحاق بن راهويه والدارقطني والبيهقي من طريق نافع عن ابن عمر معناه نيس بكامل الحال فإن المحصن من هو كامل الحال، والرجم لا يقام إلا على من هو كامل الحال. والاعتماد في المسألة على الاستدلال بالثبوت ، فإن الثبوت بالنكاح الصحيح شرط لايجاب الرجم، ومعلوم أن المقصود انكسار شهوته بإصاية الحلال وهذا المقصود يتم بالإصاة بملك اليمين كما يتم بالنكاح ، ثم شرط أن يكون بالنكاح فما كان ذلك إلا لاعتبار معنى النعمة. وتبين بهذا أن ما يشترط لإقامة الرجم يشترط بطريق هو نعمة، فكذا ذلك اعتقاد الحرمة يشترط بطريق هو نعمة، وذلك بالإسلام بل أولى، لأن أصل النعمة في الوطء بملك اليمين موجود إنما انعدم نهايتها ، وأصل النعمة منعدم هنا فيما يعتقده الكافر، وتأثيره أن الجريمة كما تعلط باجتماع الموانع تمنع باجتماع العم، ولهذا هدد الله تعالى بساء رسول الله ﷺ بصعف ما هدد به غيره بقوله تعالى: ﴿يُضَعَّفَ لَهَا الْاَعْدَاءُ ضِعْفَيْنِ﴾ [الأحزاب: ٢٠] لزيادة النعمة عليهم. وعوتب الأنبياء على الزلات بما لم يؤاخذ به غيرهم لزيادة النعمة عليهم. والحر يقام عليه الحد الكامل ولا يقام على العبد لزيادة نعمة الحرية في حق الحر، فبذل العبد أكثر احتمالا للحد من بدد الحر، فعرفنا أن بزيادة النعمة يرداد تعليل الجريمة لما في ارتكاب الفاحشة من كفران النعمة. إلى أن قال: فأما الحديث فإنما رجمها رسول الله ﷺ بحكم التوراة، ألا ترى أنه دعا بالتوراة وبابن صوريا الأعور وناشده بالله حتى اعترف بأن حكم الرنا في كتابهم الرجم فرجها ، وقال : «أنا أحق من أحيا سنة أماتوها» وإحياء سنة أميتت إنما يكون بالعمل بها. فدل أنه إنما رجمها بحكم التوراة ، ولم يكن سنة أميتت إنما يكون بالعمل بها. فدل أنه إنما رجمها بحكم التوراة، ولم يكن سنة لإحصان شرطاً في الرجم بحكم التوراة. وقوله: وقد أحصنا شاد، ولو ثبت فمراده الإحصان من حيث الحرية ، كما في قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ خَسَفَتْ مِنْ الْمُؤْمِنَاتِ وَالْخَسَفَتْ مِنْ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ﴾ [المائدة: ٥] قلت: وروى البيهقي من طريق سعيد بن منصور عن عيسى بن يونس عن أبي بكر بن عبد الله بن أبي مريم النخاسي عن علي بن أبي طحمة عن كعب بن مالك أنه أراد أن يتروح يهودية أو نصرانية فسأل رسول الله ﷺ وسلم فبها عنها وقال: إنها لا تحصنك ، وروى أبو يوسف في الخراج عن عبد الله عن نافع عن ابن عمر أنه كان لا يرى مشركة محصنة. وروى عن مغيرة عن إبراهيم الشعبي في الحر يتروح اليهودية والنصرانية

قال أبو يوسف: قال أبو حنيفة لا تقام الحدود في المساجد^(١).
وروي ذلك عن رسول الله ﷺ^(٢).
وبه يأخذ^(٣). كان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول: نقيم الحدود في المساجد، وقد فعل ذلك.

- ثم يفجر قالاً: يجلد ولا يرحم . وروي عن أبي حنيفة الإمام عن حماد عن إبراهيم قال: لا يحصى الرجل يهودية ولا نصرانية ولا بأمته.
- (١) قلت: وكرر هذه المسألة ، وقد ذكرها قبل ذلك ومر شرحها وفرغنا من تحقيقها إلا أن السرخسي ذكرها في ص ٨٣ ج ٩ في ضمن المسألة ولا يخلو ذكرها عن زيادة فائدة . قال: وهو أي القاضي مصوع من إقامة الحد فيها «أي في المساجد» لحديث ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: «لا تقام الحدود في المساجد» ولحديث حكيم بن حزام رضي الله عنه في حديث فيه طول فلا يقام فيها حد، ولأن تلويث المسجد حرام، وإليه أشار ﷺ في قوله: «جنبوا مساجدكم صيانكم ومحابنكم» وإقامة الحد في المسجد ربما يؤدي إلى التلويث.
- (٢) قلت: لم أحد من أخرج هذا الحديث من أصحاب مسانيد الإمام وأخرج ابن ماجة من طريق عمر بن دينار عن طائوس عن اس عباس أن رسول الله ﷺ قال: «لا تقام الحدود في المساجد» وروي من طريق ابن أبي شيبة عن محمد بن عجلان عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن حده أن رسول الله ﷺ نهى عن جلد الحد في المساجد*. وروي أبو يوسف في كتاب الخراج عن أشعث عن فضيل بن عمرو الفقيمي عن معقل قال: جاء رجل إلى علي رضي الله عنه فسأله فقال: يا فتى أخرج من المسجد ، وأقم عليه الحد قال: رحدثنا ليث عن مجاهد قال: كانوا يكرهون أن يقيموا الحدود في المساجد. وروي البيهقي من طريق محمد بن عبد الله بن المهاجر عن رفر بن وثيمة عن حكيم بن حزام قال: نهى رسول الله ﷺ أن يستفاد في المساجد وأن يشد فيها الأشعار أو تقام فيها الحدود (وذكرناه قبل ذلك).

(٣) قلت : وهو قول الإمام محمد أيضا ليس بين أصحابنا في هذا اختلاف قال الإمام أبو يوسف في الخراج : ولا ينبغي أن تقام الحدود في المساجد ولا في أرض العدو إلخ.

* رواه الترمذي (١٩/٤). والدارمي (٢٥٠/٢)، والبيهقي (٣٩/٨)، والدارقطني (٨٦/٣)، واس ماجة (٨٦٢/٢)، وانظر: الدراية (٢٦٥/٢)، ونصب الراية (٣٤٠/٤)، وحلاصة البدر المصير (٣٢٢/٢).

قال أبو يوسف رحمه الله : وإذا وطئ الرجل جارية أمه فقال: ظننت أنها تحل لي، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: يدرا عنه الحد^(١) فإذا أقر بذلك في مقام واحد أربع مرات لم يحد وعليه المهر^(٢). وبه يأخذ^(٣) وقال ابن أبي ليلى وأنا أسمع: أقر عدي رجل أمه وطئ

(١) وفي كتاب الخراج ص ٢١١ طبع السلفية: قال أبو يوسف : ومن رفع إليك وقد تزوج امرأة في عدتها فلا حد عليه لما جاء في ذلك عن عمر وعلي رضي الله عنهما، فلهما لم يريا في ذلك حد ولكسه يفسق بيه وبينها ، وكذلك من رفع إليك وقد فجر بأمة له فيها شقص فلا حد عليه . وكذلك الذي يطأ مكاتبته ، وكذلك الذي يطأ جارية امرأته أو جارية أبيه أو جارية أمه إذا قال: لم أعلم أنهم يحرم علي ، فإن قال : قد علمت أن ذلك حرام علي ، أقيم عليه الحد . ولا حد على من وطئ جارية أمه أو ابن أمه وإن قال: قد علمت أنها حرام علي ، لما جاء في ذلك عن رسول الله ﷺ : «أنت ومالك لأبيك» فأما من وطئ جارية أخيه أو أخته أو جارية ذي رحم محرم منه سوى ما سميت فعليه الحد . قال: حدثنا إسماعيل بن أبي خالد عن عمير بن صبر قال: سفل ابن عمر رضي الله عنهما عن جارية كانت بين رجلين فوقع عليها أحدهما قال: ليس عليه حد . قال: وحدثنا المغيرة عن الميثم بن بكر عن حرقوص عن علي رضي الله عنه أن رجلا وقع على جارية امرأته فمراعه الحد . قال: وحدثنا إسماعيل عن الشعبي قال: جاء رجل إلى عبد الله فقال: إني وقعت على جارية امرأتي ، فقال: اتق الله ولا تعد . قال: وحدثنا أشعث عن الحسن في الرجل يقع على جارية أمه قال: ليس عليه حد وجارية الحد والجدلة مثل جارية الأم والأب .

(٢) والمراد من المهر العقر ، لأن الحد إذا ثبت دفع عنه المهر ، وإذا درئ الحد عنه وجب عليه العقر قال في ص ٩٧ ج ٩ من المبسوط في ضمن مسألة وطء جارية ابن الابن : ولا شيء على الحد من قيمة الأمة ، لأنه لم يملكها ، وعليه العقر لأن الوطء قد ثبت بإقراره وسقط الحد للشبهة الحكمية إلخ .

(٣) وبه قال الإمام محمد أيضا - أفاده السرخسي بقوله: عدنا . والذي روي أنها قالت : «أتريد أن ترددني كما رددت ماعزا؟» لا بكاد يصح ، لأن ترديد ماعز كان حكما شرعيا فلا يظن بها أنها جاءت لطلب التطهير ثم تعترض فيما هو حكم شرعي ، واعتبار هذا الحق بسائر الحقوق باطل ، فقد ظهر فيها من التغليب ما لم يظهر في سائر الأشياء . إلخ والتفصيل فيه . وفي كتاب الخراج ص ٩٤ قال: ومن أتى الإمام فأقر عنده بالثبوت فلا يسفي له أن يقبل منه قوله حتى يردده ، فإذا أتاه فأقر عنده أربع مرات كل مرة يردده فيها ولا يقبل منه -

• رواه ابن ماجه (٢/٧٦٩)، وابن حبان (٢/١٤٢)، وانظر : الدراية (٢/١٠٢)، وتحريجا له مطولا في «بر الوالدين» للطرطوشي - بتحقيقنا - ط - العلمية بيروت.

اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى

جارية أمه فقال له: أوطئتها؟ قال: نعم. فقال له: أوطئتها؟ قال: نعم. فقال له: أوطئتها؟ قال: نعم. «قال له الرابعة: ووطئتها؟ قال: نعم. قال ابن أبي ليلى: فأمرت به فجلد الحد^(١)».

سأل عنه هل به لم؟ هل به جنون؟ هل في عقله شيء ينكر؟ فإذا لم يكن به شيء من ذلك فقد وجب عليه الحد. فإن كان محصناً فالرجم. والذي يبدأ بالرجم في الإقرار الإمام، ثم الناس. وإن كان بكراً أمر بجلده مائة جلدة. هكذا بلغنا أن رسول الله ﷺ فعل بماعز بن مالك حين أتاه فاعترف عنده بالزنا، حدثنا محمد بن عمرو عن أبي سلمة عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: جاء ماعز بن مالك إلى النبي ﷺ فقال: إني زنت، فأعرض عنه حتى أتاه أربع مرات: فأمر به فرجم، فلما أصابته الحجارة أدير يشد قلبه رجل بيده لحي جمل فضربه به نصرة، فذكر للنبي ﷺ فراره حين مسته الحجارة، فقال: «هلا تركتموه». وقد بلغنا أن النبي ﷺ سأل عن عقل ماعز بن مالك فقال: «هل تعلمون بعقله بأساً؟ هل تنكرون منه شيئاً؟ فقالوا: لا نعلمه إلا وفي العقل من صلحائنا فيما نرى».

(١) وفي المبسوط ج ٩ ص ٩١: وابن أبي ليلى رحمه الله اعتبر الإقرار بالشهادة بعلته أنه أحد حجتي الزنا، ثم في الشهادة المعتبر عدد الأربعة دون اختلاف المجالس، فكذلك في الإقرار. وقال في ص ٩٢: وابن أبي ليلى يستدل بهذا الحديث أيضاً (أي حديث إقرار ماعز) ويقول: المذكور عدد الأقاير دون اختلاف المجالس. ولكننا نقول: قد وجد اختلاف بمجالس المقر على ما روي أن رسول الله ﷺ طرده في كل مرة حتى توارى بحيطان المدينة ثم رجع، وفي رواية قال: اذهب وبلك فاستغفر الله، فذهب حتى غاب عن بصر رسول الله ﷺ ثم رجع، فالمعتبر اختلاف بمجالس المقر دون القاضي، حتى إذا غاب عن بصر القاضي في كل مرة يكفي هذا لاختلاف المجالس. والذي روي أنه أقر خمس مرات فإما يجعل ذلك على إقرارين كانا منه في مجلس واحد فكانا كإقرار واحد، وروي أن أباً بكر رضي الله عنه قال له: أقررت ثلاث مرات إن أقررت الرابعة رجمك رسول الله ﷺ. وفي رواية قال: إياك والرابعة فإنها موجبة. وعن بريد الأسلمي قال: كنا أصحاب رسول الله ﷺ نتحدث أن ماعزاً لو جلس في بيته بعد ما أقر ثلاث ما بعث رسول الله ﷺ إليه من يرحمه، فدل على أن اشتراط عدد الأقاير كان معروفاً بينهم. المراد من قوله: «فإن اعترفت فارجمها» الاعتراف المعروف في الزنا، وهو أربع مرات. والصحيح من حديث الثامدية أنها أقرت أربع مرات. هكذا ذكر الطحاوي رحمه الله، إلا أن الأقاير منها كانت في أوقات مختلفة قبل الوضع، وبعد الوضع، وبعد ما طهرت من نفاسها، وبعد ما قطعت ولدها، ولهذا لم تنفق

وأمرت الجلواز^(١) فأخذه بيده فأخرجه من باب الحسر نقيًا. فقال أبو حنيفة رحمه الله ليس ينبغي للحاكم أن يقول له: أفعلت؟ ولا نوجب عليه الحد بإقرار أربع مرات في مقام واحد. ولو قال: وطئت جارية أمي في أربعة مواطن لم يكن عليه حد، لأن الوطء قد يكون حلالًا وحرامًا فلم يقر هذا بالزنا^(٢)، والله أعلم.

الرواية على نقل الأقارب الأربعة في حديثها.

(١) في المغرب: الجلواز عند الفقهاء: أمين القاضي، أو الذي يسمى صاحب المجلس. وفي اللغة: الشرطي، والجمع جلاويز وجلاويزة.

(٢) وفي المبسوط ج ٩ ص ٩٦: وحكي عن ابن أبي ليلى أنه أقر عنده رجل أنه وطئ جارية أمه فقال له: أوطئتها؟ قال: نعم حتى قال أربع مرات فأمر بضربه الحد. وعطاه أبو حنيفة رحمه الله تعالى في هذا القضاء من أوجه: أحدها أن بإقراره بلفظ الوطء لا يلزمه الحد ما لم يقر بصريح الزنا، والثاني وهو أن القاضي ليس له أن يطلب الإقرار في هذا الباب بقوله: أفعلت؟ بل هو مندوب إلى تلقين الرجوع، والثالث أنه لم يسأله عن علمه بحرمتها وينبغي له أن يسأله عن ذلك وليس له أن يقيم الحد ما لم يعلم علمه بحرمة ذلك الفعل.

وقع الفراغ بحمد الله عز وجل من التعليق بحوله وقوته، ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم. وكان ذلك وقت العصر يوم الاثنين السابع عشر من ذي القعدة الحرام من شهر سنة ١٣٥٧. وصلى الله على خير خلقه سيدنا ومولانا محمد النبي الكريم، وعلى آله وصحبه أجمعين، وسلم تسليمًا كثيرًا والحمد لله رب العالمين.

فهرس المحتويات

٣٨٥	المقدمة
٣٩١	باب الغصب
٣٩٤	باب الاختلاف في العيب
٣٩٧	باب بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها
٤٠٣	باب المضاربة
٤٠٦	باب السلم
٤٠٧	باب الشفعة
٤١٢	باب المزارعة
٤١٤	باب الدعوى والصلح
٤١٦	باب الصدقة والهبة
٤٢٠	باب في الوديعة
٤٢٢	باب في الرهن
٤٢٣	باب الحوالة والكفالة في الدين
٤٢٨	باب في الدين
٤٤٠	باب في الأيمان
٤٤٢	باب الوصايا

باب الموارث	٤٤٣
باب في الأوصياء	٤٤٨
باب في الشركة والعنف وغيره	٤٥٠
باب في المكاتب	٤٥٣
باب في العتق	٤٥٤
باب في العارية وأكل الغلة	٤٥٧
باب في الأجير والإجارة	٤٥٨
باب القسمة	٤٦٠
باب الصلاة	٤٦٠
باب صلاة الخوف	٤٦٤
باب الزكاة	٤٦٩
باب الصيام	٤٧٦
باب في الحج	٤٧٩
باب الديات	٤٨٣
باب السرقة	٤٨٩
باب القضاء	٤٩٣
باب القرية	٤٩٦
باب النكاح	٥٠٠
باب الطلاق	٥١١
باب الحدود	٥٣٢
فهرس المحتويات	٥٤٠